



## SEGUNDA SECCION

ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO  
INDEPENDIENTE, LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA DE  
ZARAGOZA



# PERIODICO OFICIAL

TOMO CXXIV

Saltillo, Coahuila, viernes 27 de octubre de 2017

número 86

REGISTRADO COMO ARTÍCULO DE SEGUNDA CLASE EL DÍA 7 DE DICIEMBRE DE 1921.  
FUNDADO EN EL AÑO DE 1860  
LAS LEYES, DECRETOS Y DEMÁS DISPOSICIONES SUPERIORES SON OBLIGATORIAS POR EL HECHO  
DE PUBLICARSE EN ESTE PERIÓDICO

**RUBÉN IGNACIO MOREIRA VALDEZ**  
Gobernador del Estado de Coahuila de Zaragoza

**VÍCTOR MANUEL ZAMORA RODRÍGUEZ**  
Secretario de Gobierno y Director del Periódico Oficial

**ROBERTO OROZCO AGUIRRE**  
Subdirector del Periódico Oficial

## I N D I C E

### PODER EJECUTIVO DEL ESTADO

INICIATIVA de Decreto que crea el Código Penal de Coahuila de Zaragoza, suscrita por el Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, Rúben Ignacio Moreira Valdez. 1

**INICIATIVA DE DECRETO QUE CREA EL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA DE ZARAGOZA, SUSCRITA POR EL GOBERNADOR CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA, RUBÉN IGNACIO MOREIRA VALDEZ.**

El que suscribe, Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, en ejercicio de las facultades que me confieren los artículos 59 fracción II y 82 fracción I, de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza; 2, 6, 9 apartado A fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Coahuila de Zaragoza y 152 fracción II y 153 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, me permito someter a la consideración de este Honorable Congreso la presente Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal de Coahuila de Zaragoza, al tenor de la siguiente:

### P R E Á M B U L O

1. El mes de mayo de 2012 a propuesta del Gobernador Constitucional del Estado, Rubén Moreira Valdés, el Congreso del Estado aprobó el Decreto que sentó las Bases de Trabajo entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática, denominado "Pacto Coahuila", que creó el Consejo Interinstitucional para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática, y con base en él, desarrollar reformas jurídicas para la transformación institucional del Estado.

2. La justificación para el “Pacto Coahuila” se apoyó en los ejes siguientes:

El primero. Que las características generales de un Estado de Derecho son:

- a) El imperio de la ley como expresión de la voluntad general.
- b) La cooperación entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- c) La legalidad del gobierno, en virtud de su regulación por la ley y el control judicial.
- d) Y la prevalencia de los derechos y libertades fundamentales mediante garantías jurídicas de realización material.

Y el segundo. Que en junio de 2011 entró en vigor la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos más importante de los últimos tiempos, que demanda la renovación del marco normativo nacional y de las entidades federativas, para materializar los derechos humanos y las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales suscritos por México.

3. Todo ello implicó durante el curso de los años siguientes, una intensa colaboración interinstitucional entre los poderes del Estado para renovar la legislación del Estado en temas como “derechos humanos”, “fortalecimiento institucional”, “municipal”, “civil y familiar”, “penal”, “instrumentación del nuevo sistema de justicia penal”, “trabajo y previsión social”, “administrativo”, “financiero”, “transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad oficial”.

4. En tal virtud, los tres poderes organizaron los mecanismos necesarios para la instrumentación técnica-jurídica del “Pacto Coahuila”, con el objetivo de lograr las mejores iniciativas posibles de la legislación estatal. Para ello, en el seno del Consejo Interinstitucional para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática (Pacto Coahuila), se crearon comisiones técnicas para el estudio de los temas enunciados y la elaboración de proyectos de las reformas legales pertinentes, y de ser necesario, también se formasen comisiones redactoras que proyectasen nuevos ordenamientos legales, como sucedió con la nueva Ley de la Familia y el nuevo Código de Procedimientos Familiares, vigentes desde 2016, y ahora con la Iniciativa del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza de 2017 que someto a su consideración y aprobación.

5. La Comisión Redactora del proyecto del nuevo Código Penal se integró con los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, por parte del Poder Judicial del Estado; con expertos penalistas de la Procuraduría General de Justicia del Estado, y con especialistas en materia penal de la Consejería Jurídica por parte del Poder Ejecutivo del Estado, y respecto al Poder Legislativo, con los proyectos de iniciativas de reformas en materia penal que presentaran los diputados de la pasada y actual Legislatura y que, por acuerdo del Congreso o de sus comisiones, se enviaran al Tribunal Superior de Justicia para su estudio, pertinencia e incorporación al proyecto del nuevo código penal, designándose como Coordinador al magistrado Antonio Berchermann Arizpe.

6. Como consecuencia de los trabajos de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza, surgió una primera Iniciativa para renovar la Parte General del Código Penal, misma que el año de 2013 fue incluida por el Congreso del Estado en el actual código penal.

Empero, la misma Parte General quedó incompleta, porque para adecuar la misma Parte General y formular una nueva Parte Especial conforme a las reformas a la Constitución Federal, era necesario esperar a que se expidiesen en su totalidad las nuevas Leyes Generales contra el Secuestro, contra la Trata de Personas y contra la Tortura; así como un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, una nueva Ley Nacional de Ejecución Penal y se implementasen las Reformas Constitucionales en Materia de Transparencia, Rendición de Cuentas y Contra la Corrupción.

7. En efecto, la Parte Especial del Código Penal de 1999, desde ese año ha tenido 244 reformas, de los 264 artículos que originalmente constaba. Ello apareja que solo Parte Especial ha sido reformada poco más del 94%. Y por ello existan disparidades, atrasos, lagunas y antinomias que debieron ser corregidas, principalmente en la reordenación, congruencia, claridad y precisión de todos sus tipos penales y de la proporcionalidad de sus penas.

8. Además, es indispensable un nuevo Código Penal del Estado que sea coherente con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal y con los recientes progresos constitucionales para la transparencia financiera, rendición de cuentas y contra la corrupción, todo ello a la luz de la reforma en materia de derechos humanos y garantías individuales del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hecha en el año de 2011.

9. El Proyecto del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza que someto a su consideración, incluye ahora todos los ajustes y adaptaciones que debieron hacerse para que, a la luz del bloque constitucional de la nueva legislación federal y nacional que se dio en el transcurso de los últimos cuatro años, la Parte General del Código Penal se completara de manera integral y fuese congruente con todas las reformas hechas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes generales y nacionales que surgieron de esas reformas, como también en el mismo sentido hubiese una totalmente nueva Parte Especial del Código Penal.

Y que en su conjunto proyectan un nuevo Código Penal Garantista de corte constitucional, humanista, democrático, social y de derecho, en cuanto protege los bienes jurídicos más preciados de nuestra sociedad cuando se les afecta de manera grave, como también resguarda los derechos de víctimas y ofendidos y de los propios imputados, dentro del marco garantizador de los derechos humanos y de todos los principios y reglas en materia penal que establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza

10. En tal contexto, ya se cuenta con un Proyecto íntegro, analizado y desarrollado durante los últimos cuatro años, del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza que –entre muchas otras–, presenta las siguientes:

#### MEJORAS E INNOVACIONES

1. Garantía del control de constitucionalidad de las normas penales.
2. Concepto de bienes jurídicos dignos de protección penal.
3. Se añaden como normas fundamentales en materia penal, a los principios de dignidad humana y no discriminación, de derecho penal de acto y no de autor; y de proporcionalidad en la individualización de las penas, según la gravedad concreta del injusto culpable.
4. Se instituye el principio de insignificancia, como causa de exclusión punible.
5. Se clarifican y mejoran los parámetros para la imputación objetiva del resultado
6. Se clarifica el tipo penal culposo y se fijan nuevas reglas complementarias para determinar si hay o no culpa.
7. Se fijan límites de duración máxima de la pena de prisión para respetar el principio de proporcionalidad
8. Se clarifican y reordenan los criterios para individualizar las penas en los delitos culposos
9. La responsabilidad de personas morales ha estado prevista en el Código Penal por más de cuarenta años, pero el Código Penal no precisa en qué delitos procede dicha responsabilidad, ni cuáles son las consecuencias jurídicas para el delito de que se trate, como tampoco señala la duración de esas consecuencias jurídicas, ni los criterios legales para individualizarlas.

En la iniciativa se propone subsanar todas esas lagunas, y que la responsabilidad de personas morales y sus consecuencias jurídicas operen en 35 delitos, respecto a las que se regula su duración y extensión, así como las pautas legales para individualizarlas, modificarlas o sustituirlas.

10. Se conforma un amplio y completo sistema de reparación del daño en favor de víctimas y ofendidos, conforme a todos los estándares internacionales en la materia y que supera a los demás ordenamientos legales que al respecto existen en la República Mexicana.

11. En la Parte Especial “De Los Delitos En Particular”, se cambia la clasificación de “delitos en contra del estado, la sociedad, la familia y las personas”, por la de “delitos contra bienes individuales” y “delitos contra bienes colectivos”, lo cual implica adoptar una visión “humanista, antropocéntrica y social” de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

12. La nueva división de delitos contra bienes individuales y colectivos, no solo implica empezar la Parte Especial por los delitos contra las personas y terminarla con los delitos contra el estado, sino permite introducir nuevas denominaciones y escalas de bienes jurídicos protegidos, así como reordenar de manera metódica y precisa los grupos de delitos, en las diversas categorías de los bienes jurídicos tutelados en los tipos penales.

En los delitos contra bienes individuales, se encuentran los tradicionales delitos contra las personas y contra la familia, y en los delitos contra bienes colectivos, se hallan los delitos contra sociedad y contra el estado, pero con algunas denominaciones y categorías nuevas y más claras.

13. Se crea la “libertad supervisada”, como pena nueva para 38 delitos.

14. En el código penal actual existe la suspensión de derechos, pero el código no determina en qué delitos procede, qué derechos se suspenden en esos delitos, la duración de la suspensión ni los criterios para individualizarla, en el proyecto y en esta Iniciativa del nuevo Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza se propone subsanar todas esas lagunas y establecer la suspensión de derechos en 134 delitos.

15. En el código penal actual no existen delitos de penalidad alternativa, en el proyecto y en esta Iniciativa se instituyen 85 delitos de penalidad alternativa, los mínimos y máximos de cada pena alterna y los criterios de qué pena alterna debe preferirse, en primer lugar.

16. Se despenaliza el aborto autoprocurado o consentido dentro de las doce semanas del embarazo.

Más adelante, en esta exposición de motivos se expresan especialmente las razones para esta propuesta.

17. Se despenaliza una porción de delitos contra los animales por motivos de descuido o falta de higiene, porque no lesionan derechos humanos (para esas conductas bastan sanciones administrativas), pero se mantiene la punición cuando se trata de crueldades y violencias extremas contra los animales y de peleas entre ellos, dado el derecho que tenemos como colectividad y como personas de vivir una vida libre de violencia.

18. Se corrigen disparidades punibles entre 62 delitos, en respeto al principio de igualdad proporcionada de las penas.

19. Se fijan mecanismos compensatorios para evitar penas excesivas (y respetar el principio de proporcionalidad) en 47 delitos (además de los 62 delitos aludidos en el número precedente), que actualmente prevén aumentos fijos de penas altas por modalidades agravantes, sin tomar en cuenta que el tipo básico del que parten se apoya en daños cuantificables que pueden determinarse en varios grupos de diferentes montos, con diversas punibilidades.

Por ejemplo, en el Código Penal actual, un robo de cien pesos en un comercio tiene exactamente el mismo marco punible que un robo de cien mil pesos en un comercio; con el nuevo método, el robo de cuantía mínima en un comercio tendrá una punibilidad claramente muy inferior, que el robo de cuantía mayor en el mismo lugar.

20. Para acatar la garantía de certeza de los tipos penales, se suprimieron 85 elementos normativos ambiguos de tipos penales, en especial, “indebidamente” e “injustificadamente” contenidos en 42 delitos, introduciendo en su lugar expresiones materiales o descriptivas claras y precisas.

21. También se acudió al recurso de “pautas aclaratorias” para dilucidar el alcance de elementos culturales, precisando el significado de esos elementos abiertos, que volvían inciertos a 24 tipos penales (además de los 42 delitos del número precedente).

22. Se proyectan 126 delitos contra la seguridad pública en sentido estricto, contra la investigación de delitos, contra la procuración de justicia, contra la impartición de justicia y contra la ejecución de penas.

En la iniciativa se mantienen todos los delitos contra la seguridad pública que se incluyeron durante estos seis años, empero, se les reordena de manera sistemática, además de que se clarifica su contenido y se ajustan sus punibilidades para hacerlos acordes con el principio de proporcionalidad.

Asimismo, la propuesta de nuevos tipos penales contra la investigación de delitos, contra la procuración de justicia, contra la impartición de justicia y contra la ejecución de penas, obedece a los cambios constitucionales y a las nuevas leyes nacionales de procedimientos penales y de ejecución penal, y al nuevo sistema del Derecho de Familia. El proyecto y esta Iniciativa incluyen ahora todos los ajustes y adaptaciones que deben hacerse para que, a la luz de ese bloque de nueva legislación federal y nacional, la reforma a la Parte General del Código Penal ahora sea completa e integral como también lo sea una nueva Parte Especial.

23. Lo anterior es así, porque también se proyectan 47 delitos contra el ejercicio honesto del servicio público. Dentro de ellos se crean los delitos de corrupción conforme a los nuevos lineamientos constitucionales en esa materia, como son los siguientes:

- 1) Artículo 445-I (Otorgamiento Ilegal de Concesiones).
- 2) Artículo 445-II (Otorgamiento Ilegal de Permisos, Licencias o Autorizaciones).
- 3) Artículo 445-III (Otorgamiento Ilegal de Franquicias, Exenciones, Deducciones O Subsidios).
- 4) Artículo 445-IV (Asignación Ilegal de Obra Pública o de Contratos).
- 5) Artículo 445-V (Contratación Ilegal de Deuda Pública).

- 6) Artículo 445-VI (Adquisiciones, Arrendamientos, Enajenaciones o Colocaciones de Fondos, realizados Ilegalmente).
- 7) Artículo 445-VII (Aplicación distinta de fondos públicos).
- 8) Artículo 455-VIII (Pagos Ilegales).
- 9) Artículo 455-IX (Contratos, Adquisiciones o Asignaciones a Precios Inflados).
- 10) Artículo 448-II (Tráfico Indirecto de Influencias).
- 11) Artículo 455 (Encubrimiento de Delitos cometidos por Servidores Públicos).
- 12) Artículo 456 (Desacato de servidores públicos respecto de requerimientos o resoluciones de autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales o de otras autoridades competentes).
- 13) Artículo 462 (Simulación o falsedad en revisiones o auditorías externas a entidades oficiales).
- 14) Artículo 463 (Manifestación falsa de no conflicto de intereses ante autoridad administrativa).
- 15) Artículo 464 (Participación ilícita en procedimientos administrativos).
- 16) Artículo 465 (Uso de información falsa o adulterada en procedimientos administrativos).
- 17) Artículo 466 (Colusión de Particulares).

11. Como consecuencia de los trabajos mencionados durante los últimos años no solo se terminó el Proyecto de un nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza, sino también se desarrolló y culminó su Exposición de Motivos, que abarca más de mil páginas. Debido a la extensión de la Exposición de Motivos, a su meticuloso desarrollo metodológico y su calidad jurídica, la misma Motivación y el propio Código Penal de Coahuila de Zaragoza no tienen en su conjunto ningún precedente en la República Mexicana.

La Exposición de Motivos atiende a los problemas actuales del Derecho Penal y a la realidad social en Coahuila y en nuestro país, ajustándola a la propuesta de desarrollar un Código Penal Garantista, planteada en los fines del “Pacto Coahuila” y en el postulado de supremacía constitucional de los derechos humanos que se instituyó en la reforma de 2011 al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo lo que permite (de ser aprobados por esta Soberanía), volver a colocar en un lugar de vanguardia, al Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza en la República Mexicana.

12. Esta Exposición de Motivos, junto al mismo Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza que someto a la aprobación de este Honorable Poder Legislativo, con seguridad servirán para una mejor comprensión y aplicación del nuevo Código Penal y del Derecho Penal mismo, orientados por principios garantistas, propios de un Estado Constitucional, humanista, democrático, social y de derecho.

Así pues, este Poder Ejecutivo del que soy su Titular, presento a la consideración y aprobación a esta Honorable LX Legislatura del Poder Legislativo, la Iniciativa de un nuevo Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, junto con la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL  
CÓDIGO PENAL DE COAHUILA DE ZARAGOZA  
APARTADO PRIMERO  
FUNDAMENTOS  
PRIMERA PARTE  
POLÍTICA CRIMINAL DEL CÓDIGO PENAL

## A. FUNDAMENTOS TRADICIONALES

Ésta es una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal. De ahí que sea difícil contentarse con las respuestas del pasado. Pues la situación histórica, constitucional y social del presente, exige que se penetre intelectualmente en situaciones complejas: para encontrar respuestas que den sentido y fin a la legislación penal. Que la justifiquen y le den contenido programático: de auténtica política criminal.

Tradicionalmente se han propuesto tres soluciones alternas a la justificación de punir. La “justa retribución”. La “prevención especial”. Y la “prevención general”.

## I. Teoría de la retribución

Para la llamada teoría de la retribución, el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa con imponerle una pena. La justificación de tal procedimiento nos dice Roxin, descansa en la realización de una idea: la justicia.

La pena, pues, lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant lo formuló de un modo más expresivo: “Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse; por ejemplo, el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo. Se tendría que ejecutar antes al último asesino que se hallara en la cárcel. Para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen. Y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en su castigo”.

La conocida fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena, como “una negación a la negación del Derecho”, significa exactamente lo mismo: el delito se niega en virtud de la pena, la que de ese modo restablece al Derecho que fue objeto de negación.

Asimismo, la teología cristiana sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista: al considerar a la realización de la justicia como mandato de Dios y a la pena como ejecución de la función judicial divina.

La circunstancia de que aquí concurren en una poderosa corriente, la tradición cristiana y la filosófica del idealismo –que desde el siglo XIX penetró la cultura jurídica de múltiples maneras– es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya sido dominante y que todavía hoy, cuente con el mayor número de adeptos. Es igualmente incuestionable, que la idea de la compensación retributiva de la tradición cristiana –al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena– tiene una fuerza triunfalmente sublime. A la cual es muy difícil sustraerse.

Con ella, sin embargo, en criterio de Roxin no podría justificarse honradamente la pena estatal. Dentro de las razones en contra, destaca las siguientes.

## 1. Primera objeción:

La teoría de la retribución omite fundar ¿qué conductas es legítimo punir?

En verdad la teoría de la retribución presupone la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Pues si su significado estriba en compensar la culpabilidad humana con una pena, no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con pena toda culpabilidad. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras, pero no por ello se nos castiga. Y también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso. Como por ejemplo un deber de indemnización por daños. Pero sólo en muy raras ocasiones una pena.

La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto porqué se tiene que punir. Sino que dice tan sólo: “Si imponéis –con los criterios que sea– una pena, con ella tenéis que retribuir un delito en virtud de la culpabilidad personal”. Queda pues sin resolver la cuestión decisiva. A saber: ¿bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar?

Para ello la teoría de la retribución fracasa. Es decir, ante la tarea de trazar un límite a la potestad punitiva estatal. Ya que permite incluir en el código penal cualquier conducta. Da un cheque en blanco al legislador. Así se explica también su resiliencia, que perdura a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy. Lo que revela desde el punto de vista de su fundamentación, no sólo una debilidad teórica, sino también un peligro práctico.

## 2. Segunda objeción:

La teoría de la retribución da pie a esta sencilla pregunta retórica: ¿será racional remediar un mal, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena?

La idea misma de retribución compensadora de la culpabilidad humana sólo puede hacerse plausible mediante un acto de fe. Pues en un sentido racional no se puede comprender: ¿cómo se puede remediar un mal, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena? Lo único que se obtiene es un mal redoblado.

Es cierto que tal procedimiento se correspondió originalmente con el impulso de venganza humana, traducido y modulado luego en un valor fundamental, como es la justicia. Estímulos de los que en verdad la pena no se sustrae históricamente. Pero asumir que, si el Estado retribuye, es porque así quita “la culpa de la sangre del pueblo”, o porque “expía al delincuente”, sólo es concebible por un acto de fe. Y éste, según nuestra Constitución, no se le puede imponer a nadie. Por tanto, no es válido para una fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

Tampoco puede cambiar nada de esto invocar el mandato de Dios. Pues, como se sabe, las sentencias de los jueces no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre de la ley que proviene del pueblo. Por ello, en una época que todo poder estatal deriva del pueblo, ya no es admisible justificar las medidas estatales con apoyo en poderes trascendentes.

Resumiendo, la teoría de la retribución-expiación-compensación deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, sus fundamentos no se comprueban, y como postulado de fe, no es vinculante.

## II. Teoría de la prevención especial

La teoría de la prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe “prevenir nuevos delitos del autor”.

Ello puede ocurrir de tres maneras: 1. Corrigiendo al corregible. Esto es lo que en México muchos llamaron erróneamente “readaptación”. 2. Intimidando al que por lo menos todavía es intimidable. Y, 3. Haciendo inofensivo, mediante la pena de prisión, a quien ni es corregible ni intimidable.

Esta teoría, en su forma moderna, procede de la época de la ilustración. A principios del siglo XIX retrocedió ante la teoría de la retribución. Pero a finales de ese siglo resurgió con fuerza gracias al penalista Franz Von Liszt y a su escuela. En tiempos más recientes –durante el segundo tercio del siglo XX– cobró una gran influencia –a veces dominante– gracias al movimiento internacional de la “defensa social”.

La concepción de un derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero, así como es clara en sus metas. En cambio, omite justificar las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría. El que Roxin objeta así:

### 1. Primera objeción:

La teoría de la prevención especial imposibilita delimitar el “jus puniendi” en cuanto a su fundamentación, contenido y temporalidad.<sup>1</sup>

Ello es así, porque al igual que la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial tampoco hace posible limitar al “jus puniendi” en cuanto ¿qué clase de conductas –y porqué– ameritan ser punibles? Pues no es sólo que todos somos culpables, sino, además, que todos necesitamos corregirnos.

Cierto que, según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado se debe dirigir de antemano sólo contra los inadaptados en medida extrema a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo peligroso. A un régimen en el poder le hace posible someter a “tratamiento” penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos. Pero incluso, si se dirige la vista sólo a los “asociales” en sentido tradicional: como los vagabundos, prostitutas y otras personas “diferentes” a la mayoría de la comunidad. Van a parar a la esfera del poder penal grupos de personas cuyo tratamiento como criminales no se puede fundamentar en un orden jurídico penal como el que tenemos: que se dirige a conductas determinadas en tipos penales, pero no a las “preferencias”, el “estado” o a la “condición” social de las personas.

La idea de prevención especial tampoco posibilita limitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas. Sino que, consecuentemente y según ella: se debería perseguir un tratamiento de la persona hasta que ocurra su definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida. Ello pugna con el principio constitucional de penas definidas no sólo en su naturaleza, sino en su duración.

Mas también, desde el punto de vista de dicho derecho penal correccionalista, ni siquiera se puede hacer inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho, ni excluirse a la analogía. Lo cual también contraviene al artículo 14 constitucional. En una palabra, la teoría de la prevención especial tiende, todavía más que un derecho penal de la culpabilidad con carácter retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal. Y ello, sin lugar a duda, propicia el autoritarismo. Además, se opone a principios de un estado democrático y constitucional de derecho.

---

1 Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, 1976, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, p. 11.

Cierto que las consecuencias aludidas sólo las han extraído los representantes más radicales de esa teoría. Cierto es también que la mayoría de ellos sigue al Derecho Penal de acto, a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena. Pero ello muestra que los defensores de la teoría de la prevención especial no pueden explicar desde su punto de partida, los fundamentos del poder penal, esto es, ¿qué conductas y bajo qué presupuestos cabe punirlas? Por lo tanto, también ellos dan por supuestos los alcances del poder penal estatal, que deberían razonar y fundar, pero que no explican ni fundamentan.

## 2. Segunda objeción:

La teoría de la prevención especial no puede dar la indispensable fundamentación de la necesidad de pena en los casos en que falte el peligro de reincidencia.

Ello llevaría a que aun en los delitos más graves, no tendría que imponerse pena, de faltar el peligro de repetición. Roxin señala como uno de los ejemplos más contundentes en su momento, el de los asesinos de los campos de concentración en Alemania. Algunos de ellos mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos vivieron luego en su mayoría discretamente e integrados socialmente. Por tanto, no necesitaban de “resocialización” alguna. Tampoco existía en ellos el peligro de una reiteración, por la que los hubiera de asegurar y tratar. Realmente, ¿por ello deberían quedar impunes?

Por lo demás, el problema es independiente de esa constelación histórica. También en otros casos se dan graves delitos de sangre y aún otros delitos que con frecuencia se deben a motivos y situaciones irrepetibles y nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. Pero la teoría de la prevención especial no puede dar la indispensable fundamentación de la necesidad de pena en esos casos.

## 3. Tercera objeción:

Es cierto que la idea de la “corrección” indica un fin a la pena; pero también lo es, que de ningún modo contiene en sí misma la justificación de ese fin. Como creen erróneamente la mayoría de los partidarios de esa teoría.

Más bien hay que preguntar: ¿qué legitima a la mayoría de una población obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho estatal de educar y someter a tratamiento correctivo contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir del modo que deseen los que lo hacen al margen de la sociedad? Bien se piense en vagos o prostitutas (sean o no sujetas a la trata de personas, en cuyo caso son víctimas y no autoras de un delito); bien en homosexuales o en otros grupos “diferentes” a la mayoría.

La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos: ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminatorias? Tales preguntas suenan algo provocadoras, pero con ello sólo se prueba lo que la mayor parte de la gente considera como algo evidente: el que se reprima lo distinto, lo discrepante. ¿Pero en qué medida existe en un estado de derecho una facultad para esto? Porque ese es el verdadero problema. Dilema que es incapaz de resolver la concepción preventivo-especial, por caer fuera de su campo visual.

Expresándolo en pocas frases: la teoría de la prevención especial es inidónea para justificar al poder penal porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias; porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición; porque la idea de readaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación.

Y porque la imagen de que nuestra Constitución apoyaría esa forma de pensar, parte de un desconocimiento de los fundamentos de lo que significaba –y significa– “readaptación”, como un sistema jurídico y material de reinserción social útil y responsable del sentenciado a través de beneficios que adquiere como derechos, mediante el respeto a sus derechos humanos y con base en su educación, el deporte, el trabajo y su capacitación para el mismo. Sistema penitenciario muy lejano al de un sistema “terapéutico-correctivo” de la personalidad.

El sistema penitenciario de “reinserción a la sociedad” con real apoyo en nuestro artículo 18 constitucional: es un método por el que es posible acortar la pena a través de instituciones jurídicas penológicas: que se sustenten en bases racionales que permitan a la sociedad evitar al preso el súbito impacto de su libertad. Impacto que lo vaya a confrontar de nuevo con aquella, a través de nuevos delitos. Por ello, hay que facilitarle los medios que le permitan vivir con dignidad y que se reincorpore a la comunidad sin volver a afectar los bienes jurídicos fundamentales a ella.

Pero de ningún modo, nuestra Constitución autoriza al Estado a “readaptar” al delincuente a través de la “corrección” de su personalidad. Idea que, además de ilusoria y de evidente fracaso, atenta contra la dignidad humana.

## 3. Teoría de la prevención general

La tercera de las respuestas tradicionales al sentido y fin de la pena, la encontramos no en la influencia –sea retributiva, sea correctiva o aseguradora– sobre el autor mismo. Sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad. Es decir, en la llamada “prevención general”.



Esta teoría tiene en Anselmo Von Feuerbach –fundador de la moderna ciencia alemana del Derecho penal– a su más famoso representante. A principios del siglo XIX Feuerbach basó su influyente sistema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general. Pero hoy en día la concepción de la prevención general mantiene su importancia. En la exposición de motivos de la Iniciativa de Código Penal Alemán de 1962, se puede leer todavía sobre la “fuerza modeladora de las costumbres” de la pena.

Muchos somos testigos que desde 1993 el legislador coahuilense vino aumentando de modo drástico las penas para prácticamente cualquier clase de robos. Todo ello, bajo la idea de que con ayuda del código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo a prohibiciones penales severas. Ellas son obvias consideraciones de carácter preventivo-general.

Sin embargo, por muy evidente que le pueda parecer todo esto al sano entendimiento humano general. Al observador crítico le vienen a mano rápidamente argumentos en contra:

#### 1. Primera objeción:

Tal como se delinea, la tesis de prevención general deja sin resolver ¿sobre cuáles comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar? O planteándolo de otra manera, ¿Respecto a qué clase de conductas sería necesario disuadirlas mediante amenaza de pena?

La doctrina de la prevención general comparte ese punto débil con las teorías de la retribución y de la corrección o prevención especial. A saber, deja sin justificar en qué ha de sustentarse la punibilidad. Porque una cosa es que se pretenda disuadir a la generalidad de cometer delitos, y otra es, ¿con base en qué hemos de estimar qué conductas ameritan ser consideradas como punibles, y así conminar a las personas a que se inhiban de ellas?

#### 2. Segunda objeción:

Así como en la concepción preventivo-especial no es delimitable la duración del tratamiento terapéutico-social, y en los casos concretos puede sobrepasar la medida de lo defendible en un orden jurídico liberal. También el punto de partida preventivo-general muestra tendencia al autoritarismo estatal: pues quien quiera intimidar mediante penas, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Piénsese sino en las severas penas en delitos fiscales, y no se diga respecto a las penas de facto vitalicias para los secuestros.

No obstante, si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio; por ende, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesita, por tanto, una limitación y ésta, ciertamente, no se desprende de su punto de partida teórico.

#### 3. Tercera objeción:

Frente a la teoría de la “prevención general”, hasta ahora no se ha podido probar el efecto intimidatorio de la pena en muchos grupos de delitos y de delincuentes.

El claro ejemplo es que no obstante el drástico aumento en Coahuila de penas en casi todo tipo de robos desde 1993, ello no trajo como consecuencia que disminuyera el número de aquéllos. Más bien, éste se incrementó en los años subsecuentes, en los que tal intimidación general ya debería surtir sus efectos. Lo mismo sucedió con los secuestros, hace casi once años y a poco más de un mes de haber entrado en vigor en Coahuila formulas penales que propiciaban la prisión vitalicia, en lamentable paradoja, el número de secuestros de todo tipo se disparó a tasas inesperadas y nunca padecidas.

Se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deje influir por la amenaza de pena. Pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales. Ni con delincuentes impulsivos ocasionales, como tampoco en épocas en que el tejido social se fisura, se amplían y profundizan las brechas de la desigualdad social, y se pavimentan y multiplican las avenidas de la corrupción, como ha ocurrido en México en tiempos recientes.

En delitos graves –contra la vida, la libertad personal o sexual– es especialmente escasa la fuerza intimidatoria de las amenazas penales. De las penas draconianas incluso. Así, las penas de muerte norteamericanas o las corporales de los siglos pasados que con frecuencia se practicaron en Europa: como imponer el suplicio de la rueda o descuartizar y cortar a hachazos miembros del cuerpo, en nada pudieron, ni pueden aún, disminuir la criminalidad.

En resumidas cuentas: cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Ciertamente que a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, sólo resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en los que tiene éxito.

Pero prescindiendo de las causas citadas por las que ese éxito sea dudoso en muchos delitos: sería incoherente en cierto modo que la ley penal careciera de significación precisamente para los delincuentes. Es decir, para los no intimidados y quizás, sencillamente inintimidables. Más aún, que frente a ellos no hubiera que legitimar la pena.

#### 4. Cuarta objeción:

¿Cómo se puede justificar que se imponga una pena al individuo no en consideración a él mismo, sino en atención a otros?

Y es que, aun cuando fuera eficaz la intimidación, es inaceptable que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal. Ya Kant criticó tal postura por atentar contra la dignidad humana, e hizo constar que el individuo no se puede “manejar nunca como medio para las intenciones de otros, ni mezclado con los objetos del Derecho de cosas. Lo cual va en contra de su connatural personalidad”.

En efecto, tal instrumentación del individuo para fines de otros es inadmisibles para un orden jurídico que estime al ser humano como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona. Valor que es previo al Estado y que debe ser protegido por éste. Un ordenamiento así rechaza considerar a las personas como un objeto a disposición de la coacción estatal o como material humano utilizable.

La teoría de la prevención general, por tanto, presenta similares objeciones de principio que las otras dos. Ni puede fundamentar el poder penal estatal en sus presupuestos. Ni limitarlo en sus consecuencias. Es, además, discutible como política criminal, en tanto carece de legitimación acorde con los principios, derechos humanos y garantías de un estado de derecho.

### B. FUNDAMENTOS CONTEMPORÁNEOS

Para dar respuesta a las interrogantes ¿bajo qué presupuestos se justifica punir?, en el último cuarto del siglo pasado y en la época actual se han desarrollado nuevas teorías, llamadas de prevención positiva, que se bifurcan en dos grandes corrientes que encabezan Jacobs y Roxin.

#### I. La teoría de las expectativas sociales, de Jacobs y Khöler.

En vez de las funciones de retribución o prevención negativa de las penas, Jacobs apunta que las penas “...deben tener una función de prevención positiva, cual es restablecer la vigencia de la norma y que el responsable se internalice en la conciencia de la comunidad jurídica”.

Jacobs define al delito como una frustración de las expectativas sociales normativas. Y a la pena como reafirmación de la vigencia de esas normas en las que se consagran las expectativas sociales. Y como las normas penales expresan dichas expectativas, sería entonces adecuado organizar la fundamentación del poder punitivo en un contexto de índole socio-normativa.

Para ello, Jacobs y Khöler complementan su teoría con las de normatividad formal de Kant y Hegel. Y según cita Shünemann, Khöler sostiene: “...la base necesaria [de la pena] se constituye por el efectivo restablecimiento de la relación jurídica [social], incluso con las penas más leves.<sup>2</sup> Todo ello en función del sistema social de convivencia de cada país. En suma, según Jacobs, en orden a las expectativas sociales, el legislador podría crear cualquier delito de acuerdo con aquellas expectativas, y, en consecuencia, instituir las penas necesarias que reafirmen la vigencia de las normas violadas y restablezcan las expectativas de la sociedad.

#### 1. Primera objeción:

Lo dicho es suficiente para percatarse que, aun con un pretendido cimiento democrático, según la tesis de Jacobs y Khöler, bastaría con la decisión de la mayoría legislativa, como intérprete de las expectativas sociales, para que pudiera crear cualquier delito y cualquier pena, siempre y cuando responda a aquellas expectativas. El único cerco de los delitos y las penas sería, pues, la voluntad de la mayoría legislativa, y el único fin de las penas sería reafirmar la vigencia de las normas penales, satisfaciendo la conciencia de la comunidad.

#### 2. Segunda objeción:

La tesis funcionalista de prevención positiva de Jacobs y Khöler presenta otros serios inconvenientes. Esto es, en cuanto a las funciones que asignan a la norma penal y, por tanto, a la pena, cual es “garantizar el sistema social de convivencia, mediante la afirmación de la vigencia de la norma penal” o simplemente, el fin de “restablecimiento del orden social”. Con lo que esa postura quiéralo o no, tiene un fuerte tufo retribucionista, que se emparenta con las teorías absolutas de la pena. Schünemann le crítica: “... la superación del mal se consigue sólo mediante la reparación y no con causar un nuevo mal, pues solo el mal y el bien —o planteándolo subjetivamente, el dolor y el placer— pueden compensarse, en tanto de un mal redoblado, o de un dolor repetido, resulta un saldo doblemente negativo”.

---

<sup>2</sup> Köler, Michael, citado por Schünemann, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2000, pp. 117 y 118.

Y Bernd Schünemann continúa: "...para eludir esta aporía, los partidarios de la teoría absoluta de la pena se refugian, ya desde Hegel, en el discurso abstracto de la mera «negación a la negación de vigencia de la pena». Mas con ello pierden de vista la especificidad del Derecho penal y sólo consiguen caer en una nueva aporía. En efecto, cualquier comportamiento que sencillamente no respete las normas del Derecho privado o del Derecho público, contiene también una negación de vigencia. Los partidarios de la teoría absoluta de la pena deben, pues, o bien adoptar la simple contrariedad a la norma en lugar de la dañosidad social como punto de vinculación con la pena, o bien admitir que la negación de la vigencia no constituye en absoluto el factor decisivo de la necesidad de la pena. De esta trampa ya no pueden escapar".<sup>3</sup>

### 3. Tercera objeción:

No se pasa por altos que afirmaciones, como la de Michael Khöler, en el sentido de que la necesidad de pena "...se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves..."<sup>4</sup>, se condice mal con un sistema, como el Mexicano, donde el artículo 22 Constitucional exige la proporcionalidad de la pena con la afectación del bien jurídico, lo cual presupone el fin de protección de esos bienes que ha de tener la ley penal, y donde el artículo 18 Constitucional asigna al sistema penitenciario el fin de reinserción social.

Por ende, en la Constitución no solo se supone que deben evitarse penas desproporcionadas al fin de protección de bienes jurídicos conforme al artículo 22 Constitucional –límite que no se desprende de las fundamentaciones de Jacobs y de Khöler–, sino en los delitos no graves evitar las de prisión cuya duración haga nugatorio aquel fin del artículo 18 Constitucional. Las pautas de los funcionalistas extremos –Schünemann apunta– "...dejan sin explicación, porqué las conminaciones penales amenazan con menor o mayor pena la realización de ciertas conductas según el grado de afectación al bien jurídico, mismo que trastocan o dejan de lado".

### 4. Cuarta objeción:

La afirmación de Jacobs en el sentido de que la función del jus puniendi sería nada más –o sin más– la de "lograr la fidelidad de los ciudadanos al Derecho" y de "internalizar los sentimientos de la comunidad jurídica" cualquiera que sea la pena con la que se amenace y que haya de imponerse, la cual –quíerose o no se quiera– tiene y fuerte componente de "prevención especial negativa, también suscita la objeción siguiente: ¿cómo se conseguiría "internalizar" el Derecho en los criminales irredentos y habituales, o incluso a los primo-delincuentes?

Los medios para cumplir ese fin quedan sin explicación. Porque mientras no sea posible de constatar cuándo ya se habrían "internalizado los sentimientos de la comunidad jurídica" en las personas sentenciadas, e introyectado su "fidelidad al Derecho", se tendería a mantenerlas indefinidamente en prisión. O bien, ¿frente a ellas no habría que legitimar la pena?

Y con independencia de ello: ¿dónde queda el examen de las normas penales? ¿Bastará en realidad, solo un adecuado estudio intrafuncional de las normas penales como expresión de nuestro sistema social, para que sean manifestadas en la ley? ¿Qué lugar guardan los derechos fundamentales ante las normas penales que erige el legislador? ¿Ninguno? Así parecería ser para esas posturas funcionalistas.

## II. La teoría de la función preventiva dialéctica, de Roxin.

Roxin sostiene: "...el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo". Para ello, Roxin remarca varios puntos que para él son esenciales. En primer lugar, en concepto de Roxin, la razón de las conminaciones penales no es la retribución, sino su función preventiva de "protección de bienes jurídicos". En segundo lugar, la pena por la realización injusta del tipo se limitaría por la culpabilidad, que se entendería como un principio jurídico de invención necesaria, porque no podría probarse: y, no obstante, sólo podría haber pena si hubo culpabilidad y, en principio, la pena tendería a imponerse hasta la medida de la culpabilidad.

Y, aun así, cuando las circunstancias del caso evidencien la irracionalidad de la pena a efectos de prevención, deberá prescindirse de la culpabilidad por falta de "responsabilidad", a la que el jurista alemán considera como categoría que supera a la culpabilidad. Y de existir un remanente de ella, al menos deberá atenderse a la clase y entidad de la pena, para disminuirla o sustituirla por una menos severa a efectos de la federación explica que la prevención general y la especial confluyen así con los límites de un estado de derecho, generando "principios" que rigen al sistema mediante una síntesis dialéctica. De esa manera, siempre que sea superfluo imponer una pena o cierta clase de pena a efectos de prevención general o especial, a la sanción le faltará la legitimación de su

3 Schünemann, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2000, p. 117.

4 Idem, p. 118.

necesidad social, pero, según Roxin, la pena concreta que se llegue a imponer también podría rebasar el grado de la culpabilidad en el injusto, si en un delito grave se manifestara insuficiente para lograr la paz en la conciencia jurídica de la comunidad.<sup>5</sup>

### 1. Primera objeción:

Antes que nada, hay que reconocerle a Roxin que destaca el fin protector de bienes jurídicos que han de tener las conminaciones penales. Conforme al artículo 22 C., se infiere que aquellas han de erigirse para disuadir conductas que afecten a bienes jurídicos, de tal suerte que no será legítima la punición de una conducta que no lesione ni ponga en peligro de lesionar a un bien jurídico vinculado a la libertad individual y a un orden social que esté a su servicio. Y también hay que sumarse a la idea de Roxin de enlazar la ley penal a principios de un estado de derecho, para desarrollar un sistema dogmático conforme a esos principios.

Sin embargo, Roxin no lleva esa vinculación del poder penal con los derechos fundamentales, a todas las etapas en las que aquél se manifiesta. Más bien, Roxin fracasa con su pretensión de armonizar los principios derivados de un estado de derecho con los afanes preventivos de la pena, de tal modo, por ejemplo, en tanto primero afirma que la culpabilidad y su graduación limitan la pena, para luego, ambivalentemente sostener que la culpabilidad sería una ficción conveniente, que podría ser superada para imponer una pena mayor si en el caso resulta necesario para mantener la paz jurídica social a efectos de prevención general.

Afirmación del jurista alemán que lo lleva a incurrir en la aporía que denunció Kant y la cual el mismo Roxin rechazó en su primera obra sobre política criminal y derecho penal, aduciendo en esencia que la pena no debe imponerse para que sea ejemplar, porque ese proceder lesiona la dignidad de la persona condenada, al emplearla para fines de otros, como si fuera un objeto de intercambio y no un sujeto titular de derechos y garantías”.

### 2. Segunda Objeción:

No se puede estar de acuerdo con la ambigüedad de Roxin ante el principio de culpabilidad (que tiende a dejar de lado, en virtud de que no podría probarse), para preferir un límite preventivo basado en la necesidad social de pena. Con ello Roxin olvida que la culpabilidad –cuya esencia es una decisión libre contra la norma– no es ninguna ficción, sino que parte de la realidad que se asume por la antropología jurídica, al concebir a todas las personas como seres humanos libres y responsables. A tal grado, que ese es el punto de partida para la conformación de las Constituciones y de todos los órdenes jurídicos con orientación democrática. Así como elegimos a nuestros gobernantes, del mismo modo elegimos entre lo bueno y lo malo, entre una conducta prohibida o una conforme a la norma.

### 3. Tercera objeción:

En su edificación sistemática, Zaffaroni rechaza la tesis de Roxin de la función preventiva de la pena dentro del sistema social de convivencia y su tendencia a separarse de los datos de la realidad, para construir nociones puramente normativas o al menos prevalentemente normativas.

Por otra parte, aunque Roxin no deja de tener razón en que cabe vincular los fines de la política criminal con los postulados de un estado de derecho para la construcción del sistema penal. Su yerro es concebir que esos extremos en tensión se armonizan dialécticamente en un todo, lo que discrepa con la realidad, donde se observan enfrentados.

Más bien, el planteamiento metodológico debe invertirse, en cuanto la política criminal que debe guiar la conformación de un código penal ha de ser la que encause su contenido normativo conforme a los principios constitucionales, derechos humanos y garantías individuales que limitan a las tesis retributivas y preventivas. Esto es, las funciones reactivo-preventivas de las penas ya están limitadas por principios erigidos a partir de derechos fundamentales que permiten elaborar sistemáticamente un código penal garantista.

## C. POLÍTICA CRIMINAL DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

Cabe, pues, recordar que un código penal enfrenta a las personas con el poder penal en tres momentos: 1°. Cuando conmina con penas. 2°. Cuando fija las pautas por las que considera que una conducta es delito. 3°. Y cuando determina las penas aplicables al delito de que se trate, y cómo y hasta qué medida han de imponerse.

Estas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado, porque cada una apareja restricciones a posiciones de derechos humanos que hay que legitimar jurídicamente. La necesidad de esa consideración gradual ya se hizo patente. Cada una de las teorías que pretende justificar la pena, dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del poder penal. La concepción preventiva general al “fin de las conminaciones penales”. La tesis de la retribución “al injusto culpable”. La teoría preventiva especial “al delincuente”.

---

<sup>5</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1999, t. I, pp. 178 a 182.

Sin embargo, cada concepción desatiende que cada una de ellas lleva consigo intervenciones específicas en las libertades de las personas, que requiere de una legitimación apoyada en la Constitución, aparte de la mera voluntad del legislador. Por ello, si al Derecho Penal le toca ser garante de derechos y principios que guíen y limiten el ejercicio del poder penal, es preciso que confronte a las concepciones que obedezcan a fines retributivos o preventivos –negativos o positivos– de la pena, para encausar su desarrollo normativo por rutas que respeten derechos humanos y sus garantías, que permitan arribar a criterios constitucionalmente correctos para formular un código penal correcto.

Ello también quiere decir que la tensión entre la política criminal y el Derecho Penal puede salvarse, en tanto se entienda que el Derecho Penal descubre cauces y límites al poder penal deducidos de la Constitución, y que algunos de ellos pueden visualizarse como postulados político-criminales que orientan y ciñen el ejercicio del poder penal.

No se trata, pues, de cualquier política criminal que se le antoje al legislador para crear la ley penal, como tampoco de cualquier política criminal articulada teóricamente que configure fines y pautas de aplicar la pena, sino de fundamentos político-criminales concebidos desde la Constitución, y por tanto, apoyados en límites y principios de un estado constitucional de derecho, ya que es en la Constitución donde se plasman las expectativas político-sociales del más alto rango, en cuyos preceptos subyacen guías y lindes a la política criminal del Estado. De tal suerte que –siguiendo en este punto el pensamiento de Moisés Moreno–

“...si la Constitución de un Estado constituye el principal indicador de la política social que aquél debe instrumentar, y la política criminal es parte de esa política social, luego, la medida de validez sustancial del sistema penal que se elabore en un código ha de sustentarse en normas constitucionales, de tal suerte que en su configuración se ordene sistemáticamente y se ajuste por esas normas fundamentales”.<sup>6</sup>

Así, si el código penal se programa conforme a principios de un estado humanista, democrático, social y constitucional de derecho, es posible tener cierta seguridad de formular un código penal constitucionalmente correcto. Lo cual lleva a los planteamientos siguientes:

## SEGUNDA PARTE

### JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL

#### A. FUNCIÓN GARANTISTA DEL DERECHO PENAL

1. El reconocimiento desde la Constitución, del interés que tiene la sociedad de que se sancione a los responsables de los delitos y se proteja a las víctimas, corre a la par con la expectativa constitucional de un sistema penal que se organice con respeto a los derechos fundamentales y beneficie a la sociedad.

En tal sentido, el Derecho Penal pretende evitar nociones dogmáticas neutras o artificiales del delito y de la pena, siempre que sea posible construirlas y entenderlas ajustadas a derechos fundamentales. Absteniéndonos de interpretar (o concebir) normas penales solo para cumplir fines preventivos o el restablecimiento del orden social, según expectativas plasmadas sólo en la ley. Pues con ello se olvida que esos intereses y fines se someten a otros de mayor calado, como son los expresados en la Constitución.

2. Luego, no se trata de un sistema penal solo basado en la legalidad, sino de uno apoyado en la legalidad y legitimidad, que organice y desarrolle las normas jurídico-penales conforme a la Constitución y, a la vez, permita interpretarlas con un enfoque garantista, de tal guisa que cuando en una norma concreta no sea posible una exégesis así, el juzgador inaplique o desaplique la norma que –motivadamente– estime inconstitucional (Principio de “interpretación conforme” y garantía de “control difuso de la regularidad constitucional”, de los artículos 1º y 133 Constitucionales). Ese paradigma es válido. Pues el Derecho positivo puede ajustarse a las fuentes formales democráticas de la ley y ser un Derecho formalmente válido. Y, sin embargo, ese Derecho puede ser ilegítimo, si su contenido contraría derechos humanos, garantías individuales y principios derivados de la Constitución.

#### B. PRINCIPIOS GARANTISTAS QUE RIGEN AL CÓDIGO PENAL

1. Un Código Penal garantista debe, pues, partir de principios y derechos fundamentales para regular las etapas en las que se manifiesta el poder penal del estado en su intervención ante los individuos. Esto es: cuando amenaza con penas; cuando concibe lo que es delito respecto de una conducta concreta, y cuando impone las penas. Y toda vez que cada fase da origen a la siguiente y tiene igual fuente: por ende, en lógica prelación es preciso que en cada una se brinde una fundamentación constitucional de los límites a la potestad de punir. Y donde cada una de esas etapas recoja las pautas garantistas de las restantes en un proceso que cimiente constitucionalmente al propio Código Penal.

---

6 Moreno Hernández, Moisés, Política Criminal y Reforma Penal, México, Editorial Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 1999, p. 42 y ss.

2. Y para ello, en las tres etapas mencionadas es importante tener presentes tres expresiones correspondientes a un derecho penal garantista que –sin pretender ser exhaustivas–, recojan gran parte de los fines, derechos humanos, garantías y principios constitucionales que deben fundar un Código Penal:

Primera. El poder penal sólo ha de actuar cuando socialmente se estime ineludible su intervención para proteger de afectaciones graves a bienes jurídicos vinculados al disfrute de derechos fundamentales o que se dirijan a su satisfacción o resguardo. Y el poder penal sólo ha de expresarse en penas de prisión: cuando otros medios menos severos sean inadecuados para lograr la paz social y la reinserción social responsable. (Principios de afectación de bienes jurídicos y de proporcionalidad –del artículo 22 Constitucional–, de intervención mínima del poder punitivo, a través de medios alternos que tiendan a una justicia restaurativa y de reinserción social, de los artículos 17 y 18 Constitucionales).

Segunda. Para ello, las conminaciones penales (tipos penales) han de consignarse en la ley de manera precisa, cuyas prohibiciones delimiten conductas realizadas en ámbitos de prohibición claramente inteligibles, que afecten bienes jurídicos. (Principios de reserva legal y de ley penal cierta –en tipos penales cerrados–, del artículo 14 Constitucional.) Sin que a tales conductas se les desnaturalice con nociones artificiales alejadas de la realidad. Por el contrario, de las que se tomen de su realidad aquellos datos que tengan sentido para un Código Penal respetuoso de la dignidad del ser humano, como portador de la conducta que regula en sus conminaciones penales, imputándole el hecho típico y, en su caso, el resultado, en la medida que aquélla los haya configurado (artículo 1º Constitucional).

Y donde el entendimiento de las normas penales se realice conforme a la Constitución, a los derechos humanos y sus garantías, así como con los tratados en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte (principio de interpretación conforme a la Constitución, del artículo 1º Constitucional); ajustando la interpretación de los tipos penales (“conminaciones penales”) a su tenor literal posible no absurdo –principio de taxatividad, derivado de la garantía de exacta aplicación de la ley penal y de la prohibición constitucional de aplicar la ley penal por analogía y aun por mayoría de razón, del artículo 14 Constitucional, atemperada, en su caso, con una exégesis contextual-garantista.

Tercera. La conducta que concrete un tipo penal afectando al bien jurídico protegido, ha de ser injusta (antijurídica), culpable y realizada de tal modo que haga ineludible la aplicación de pena (Principios de culpabilidad y de necesidad social de la pena, de los artículos 20-A-I-V-VIII-B-I y 22 Constitucionales).

Por tanto, la pena sólo puede llegar hasta la medida de la gravedad concreta del injusto y del grado específico de culpabilidad. E incluso habrá de prescindirse de aquella –en los límites permitidos desde la ley– cuando falte la necesidad social de imponerla por resultar excesiva o su sustitución cumpla mejor con el fin constitucional de la reparación del daño a víctimas u ofendidos y de reinserción social del sentenciado o sentenciado. (Límites de antijuridicidad de la conducta típica; de culpabilidad; de dignidad humana y de igualdad, de proporcionalidad y de estricta necesidad de la pena concreta, ajustada, en su caso, a los fines de reparación del daño y de reinserción social –artículos 1º, 14, 17, 18 y 22 Constitucionales–).

3. Con lo expuesto, ya podrán comprenderse las razones por las que se propone iniciar el Código Penal con un “Título Preliminar”, que incluya los principios rectores de raíz constitucional, que importan en la configuración programática, el sentido y los fines del código que se somete a consideración de este Congreso. A saber:

Artículo 1. Principio de legalidad (o de reserva de ley), conforme al artículo 14 Constitucional.

Artículo 2. Interpretación y aplicación garantista de la ley penal (artículo 1º Constitucional), que comprende:

- Principio de interpretación conforme a la Constitución.
- Control difuso de constitucionalidad de las normas penales.
- Prohibición de aplicación de la ley penal por analogía o mayoría de razón en perjuicio de la persona imputada o sentenciada (artículo 14 Constitucional).
- Principio de taxatividad o de aplicación exacta de la ley penal (artículo 14 Constitucional).

Artículo 3. Prohibición de retroactividad perjudicial y principio de la norma más favorable (artículo 14 Constitucional).

Artículo 4. Principio de tipicidad (artículos 14 y 22 Constitucionales).

Artículo 5. Principio de afectación a bienes jurídicos (artículo 22 Constitucional), que comprende:

- Bienes jurídicos dignos de protección penal.
- Fin de los tipos –o de las conminaciones– penales.

- Principio de lesividad (o de afectación a bienes jurídicos).

Artículo 6. Conducta dolosa o culposa, e imputación –finalista y funcionalista– del resultado (artículos 1° y 14 Constitucionales), que comprende:

- Imputación del resultado a la acción de una persona que lo configure.
- Imputación del resultado a la omisión de una acción debida y posible que lo evitaría.
- Imputación a la violación de un deber de cuidado posible de acatar, que se resuelva en el resultado.

Artículo 7. Principio de contrariedad con la norma prohibitiva (artículos 14 y 22 Constitucionales).

Artículo 8. Principio de culpabilidad (artículo 20-A-I-V-VIII-B-I Constitucional).

Artículo 9. Principio vicarial (artículo 1° Constitucional).

Artículo 10. Principio de jurisdiccionalidad (artículos 14 y 21 Constitucionales).

Artículo 11. Principios de aplicación exacta y de non bis in idem (artículos 14 y 23 Constitucionales), tratándose de concurso aparente de tipos, de delitos plurisubsistentes, y de la individualización de la pena.

Artículo 12. Principios de dignidad humana y de proporcionalidad en la individualización de la pena (artículos 1° y 22 Constitucionales).

Artículo 13. Prohibición de penas excesivas, y principios del mínimo vital y de insignificancia (artículos 1° y 22 Constitucionales).

### TERCERA PARTE

#### PRIMERA ETAPA DEL PODER PENAL ANTE LAS PERSONAS

##### A. EL FIN LEGÍTIMO DE LAS CONMINACIONES PENALES

1. El artículo 22 Constitucional (reforma de 2008), ordena que: “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Precepto del cual se desprende que para estimar a prima facie como legítima una conminación penal que cree el legislador, ella ha de tener el fin de disuadir conductas que afecten bienes jurídicos de otros.

Lopera Mesa<sup>7</sup> señala que Luigi Ferrajoli ilustra esta posición predominante en la doctrina, cuando escribe que “al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende”.<sup>8</sup>

Y justamente, en el seno de la doctrina penal existe un amplio consenso en que el fin legítimo –compuesto– del poder penal es 1) la “protección de bienes jurídicos”<sup>9</sup>, 2) merecedores de una tutela de esa índole, 3) frente a ciertas conductas “susceptibles de lesionarlos o ponerlos en peligro”. Lo cual desde antes de la reforma al artículo 22 Constitucional de 2008, también se reconoció por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su Primera Sala y los tribunales colegiados de circuito en innumerables tesis que se han ocupado de la afectación al bien jurídico como cuestión fundamental para decidir la existencia del delito.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia, Principio de Proporcionalidad y ley penal, bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 332.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ª Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 467.

<sup>9</sup> En tal sentido, Claus Roxin entiende que el cometido del derecho penal es “la protección subsidiaria de bienes jurídicos”, Derecho Penal..., op. cit., § 2/1, pág. 51. El potencial limitador del concepto de bien jurídico es señalado, entre otros, por Santiago Mir Puig en *Derecho Penal General*, 4ª. Ed., Barcelona, PPU, 1996, §6/41, p. 137.

<sup>10</sup> Muestra de ello es la tesis de rubro: JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL. Tesis: XIX.2o.46 P, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 1161.

2. En conclusión, el fin de los tipos penales es disuadir afectaciones a bienes jurídicos vinculados a derechos fundamentales o dirigidos a su satisfacción, mediante sanciones que –conforme a los artículos 18 y 22 Constitucionales– guarden proporcionalidad, y en tal contexto promuevan en lo posible la reinserción de la persona imputada o sentenciada a la sociedad, y procuren la paz.

## B. NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO-PENAL

### I. Premisas

1. Ahora bien, el bien jurídico susceptible de protección penal no puede concebirse arbitrariamente, pues, aunque es verdad que los “bienes jurídicos” aparejan situaciones valiosas para los individuos o para la comunidad que sean dignas de resguardo legal dentro o fuera del ámbito penal. Lo cierto es que, si la amenaza de un tipo penal involucra afectar de la forma más drástica posiciones de derechos fundamentales del infractor, luego, esa conminación sólo podrá ser ab initio legítima, si por elemental principio de proporcionalidad del artículo 22 constitucional (conforme a su estándar de “proporcionalidad estricta”), la punición se constriñe a conductas que afecten situaciones valiosas derivadas de derechos de igual índole u orientadas a su satisfacción.

2. En tal sentido, los sentimientos sociales que pueda recoger el legislador, no bastarán para considerarlos como bienes jurídicos dignos de protección penal, ni siquiera cuando el legislador puna una conducta que ya contravenga otro ámbito del orden jurídico (no penal), si es que aquélla no afecta situaciones valiosas derivadas de derechos fundamentales, o bien dirigidas a su satisfacción, pues la postura contraria desatenderá que si la punición involucra incidir en posiciones de derechos fundamentales del infractor, ya no podrá justificarse tal clase de injerencia como estrictamente proporcional, cuando la conminación penal no proteja como bien jurídico, a una situación socialmente valiosa vinculada a derechos de igual índole o dirigida a su satisfacción.

### II. Enfoque personalista y material del bien jurídico

1. Todo ello también apareja que la noción de bien jurídico supone una manifestación externa, real y determinable del objeto protegido (situación valiosa a proteger), vinculada a derechos fundamentales, o dirigida a satisfacerlos, susceptible de que sea afectada. Y, por tanto, aquél no puede concebirse sólo como un objeto “ideal” de protección que, como tal, no puede ser afectado, sino a un objeto “material y personal” de tutela, susceptible de ser lesionado o puesto en peligro de ser lesionado.

El bien jurídico a resguardar podrá ser a prima facie intangible, por ejemplo, la propiedad, la libertad, la salud, la administración de justicia, la seguridad pública, etc., pero cuyo objeto de tutela ha de manifestarse en una situación material, socialmente valiosa y determinable, en la que se disfruta un derecho o la cual se dirige a satisfacerlo, respecto de la que pueda sostenerse que la conducta tipificada la lesiona o pone en peligro de lesionarla, conducta afectante que precisamente quiere disuadirse mediante la conminación que encierra el tipo penal.

Así, por ejemplo, si el legislador pune matar, es porque presupone la vida de las personas, como objeto de protección, y cuya privación por otro quiere desalentar mediante la conminación penal. Y cuando el legislador erige los delitos contra el patrimonio de las personas, es porque pretende inhibir las conductas que describe en ellos porque lesionan la disponibilidad que tienen los titulares sobre bienes o valores que ostentan bajo el título de propiedad, uso o posesión. De esa manera, si el legislador pune el despojo de inmueble, es porque presupone que otro tiene su posesión, la cual es menoscabada mediante la ilícita ocupación que la conminación penal quiere disuadir.

2. Así pues, la vida, la integridad corporal, el disfrute de nuestros derechos de libertad en sus diversas manifestaciones, o los de propiedad, uso, o posesión sobre ciertas cosas o valores, el desarrollo mismo de la personalidad, la privacidad o intimidad personal, el honor o reputación, el derecho a una vida libre de violencia y la misma seguridad de que esos bienes sean protegidos en el desarrollo externo de las personas en sociedad, la salud pública, el acceso a una justicia imparcial, entre muchas otras, se concretan en una serie de situaciones reales valiosas, de orden personal o comunitario, que pueden constituir objetos de protección penal, en la medida que sean susceptibles de ser afectadas, es decir, lesionadas o puestas en peligro de serlo, con las conductas que se describan en los tipos penales.

Esas situaciones jurídicamente valiosas se derivan del ejercicio libre y responsable o del disfrute de derechos que garantiza nuestra Constitución. Y en su caso, de las necesarias prestaciones que ha de brindar el Estado para dar respuesta a nuestros derechos fundamentales y garantizar su disfrute. En pocas palabras, los llamados bienes jurídicos –dignos de protección penal–, en virtud de los cuales sus titulares tienen disponibilidad sobre ciertos objetos (como situaciones materiales, socialmente valiosas y determinables) de protección jurídica debido al disfrute de sus derechos, o bien en virtud de deberes del Estado para satisfacer o garantizar el disfrute de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

3. Con lo expuesto ya resulta claro que el concepto de bien jurídico digno de protección penal y la legitimidad del fin de las conminaciones penales en prevenir afectaciones a bienes jurídicos ajenos, muestran al legislador límites para punir, y permiten acusar de ilegítimos los tipos penales cuyas conductas no afecten bienes jurídicos, o que punan aquellas que involucren la expresión o el disfrute de algún derecho fundamental, o cuando –a la luz del estándar de proporcionalidad estricta anticipado al fin legítimo de la norma penal–, las que sean materia de punición afecten bienes jurídicos no dignos de resguardo penal, en tanto el objeto de protección no sirva para el disfrute de derechos de aquella índole ni se dirija a su satisfacción o resguardo.



## III. ¿Punición de conductas contra la moral? ¿o contra la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad?

1. En tal sentido, impedir lo inmoral no es misión del poder penal: antes bien, el Derecho Penal debe rechazar esas tendencias punitivas. El Estado puede proteger penalmente de ciertos ataques a bienes jurídicos vinculados a derechos fundamentales, pero carece de legitimación para tutelar penalmente la moral. En el respeto a la moral de cada cual, estriba la obligación del Estado de no imponer la suya, bajo riesgo, en caso contrario, de violar los derechos de libertad y de autodeterminación moral, precisamente cuando no constriñen la libertad de autodeterminación de otras personas adultas. (Artículos 1º, 6º, 7º y 22 Constitucionales).

Lo cual –en igual ruta– también lleva a subrayar lo destacado por Roxin:

“...la protección de bienes jurídicos tiene como objetivo la protección de los otros, y no la protección frente a uno mismo. El paternalismo estatal articulado a través del poder penal, sólo puede justificarse en situaciones de déficit de autonomía del afectado (minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcancen a comprender los riesgos para sí mismas). Por ello, el fin legítimo de cualquier norma penal no podrá consistir en proteger de su propia autolesión a una persona adulta que decida en tal sentido de manera libre y consciente”.<sup>11</sup>

2. Ello viene a cuenta, porque sí será lícito proteger penalmente el desarrollo psicosexual y de la personalidad de los menores de edad y de las personas que no alcancen a comprender la naturaleza del hecho ni los riesgos que él implica para su dignidad. Esa es la razón por la que en esta Iniciativa se proponga punir:

“...a quien, sin que actúe con los fines a que se refiere el artículo 16 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas, determine a una persona que tenga menos de dieciocho años de edad, o a quien no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, a realizar con sus órganos genitales desnudos, y/o en su caso, con sus mamas desnudas si es mujer, actos de exhibicionismo de clara índole sexual, simulados o no, ante el determinador o terceras personas; o en tres o más ocasiones distintas haga que el menor o incapaz ingiera bebidas alcohólicas hasta alcanzar un estado de ebriedad que lo haga trastabillar; o haga que consuma narcóticos o lo determine a cometer o participar en un hecho delictuoso determinado, aunque éste no se lleve a cabo”.

En el mismo sentido, se propone la punición para:

“...quien haga que una persona que tenga menos de quince años de edad, observe un acto sexual explícito que realice el sujeto activo u otra o más personas, con sus órganos sexuales desnudos, o bien haga que la persona menor de edad observe una o más imágenes, videos o películas que sean pornográficas, reproducidas por cualquier medio”; y,

“...a quien venda o suministre a una persona menor de dieciocho años de edad, una sustancia o líquido cuya venta no esté prohibida legalmente, pero cuya utilización tenga efectos narcotizantes, a sabiendas de que la persona menor de edad, la empleará para narcotizarse”.

### C. EL LÍMITE DEL BIEN JURÍDICO-PENAL VINCULADO A DERECHOS FUNDAMENTALES

#### I. Bien jurídico material y personal

1. El concepto de bien jurídico asumido, al vincularse a derechos fundamentales, apunta a una noción de bien jurídico “material y personal”, adoptada por Roxin, proveniente de Rudolphi, Marx y Hassemmer<sup>12</sup> complementada por Mir<sup>13</sup>, Santana<sup>14</sup>, Zaffaroni, Alagia y Slokar<sup>15</sup>– y respecto al cual es susceptible su salvaguarda penal. Él apareja una situación socialmente valiosa, valorada así por el legislador, derivada del o para el disfrute de derechos fundamentales y que puede ser objeto de resguardo penal para protegerla de que sea afectada. Involucra objetos de tutela individuales y colectivos, en la medida que éstos se orienten a satisfacer derechos o aparejen su disfrute.

2. No enlazar a derechos fundamentales los bienes jurídicos dignos de tutela penal –siquiera a mor de proporcionalidad estricta anticipada al fin legítimo de la norma penal–, deja abierta la puerta para introducir como bienes dignos de dicha protección, a situaciones socialmente valiosas pero ajenas a derechos fundamentales, donde su admisibilidad como bienes susceptibles de protección penal sólo se apoye en “sentimientos sociales” recogidos por el legislador: los cuales –cuando su afectación se sancione penalmente sin que ellos se vinculen a derechos fundamentales ni se orienten a su satisfacción–, de todas suertes han de ser

11 Roxin, Claus, Fundamentos político-criminales..., op. cit., pp. 128 y 129.

12 Roxin, Claus, Fundamentos político-criminales del Derecho Penal, Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 123 y ss.

13 Mir Puig, Santiago, El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, p. 159 y ss.

14 Santana Vega, Dulce María, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid, Dickinson, 2000, véase principalmente el Capítulo Primero.

15 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, pp. 446 y ss.

derrotados conforme al estándar de proporcionalidad estricta –que se deriva del principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 22 Constitucional– a efecto de resolver la legitimidad de la norma penal de que se trate.

## II. ¿Protección penal para los animales?

### 1. Respecto a la noción de bien jurídico digno de protección penal, Gimbernat plantea:

“...los sentimientos sociales predominantes, pueden ser considerados por el legislador como bienes jurídicos objeto de tutela penal, siempre y cuando esos sentimientos sean “legítimos”, en la medida que su protección no pugne con algún derecho que asista a los autores de la conducta que se puna. Como sucede si se pune el maltrato de animales, donde sobre el sentimiento social de protegerlos, no puede prevalecer un inexistente derecho del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales, dados los convenios internacionales que fijan la obligación de respetar a todos los animales vivos vertebrados, no humanos, y de tener en cuenta su capacidad de sufrimiento y memoria”.<sup>16</sup>

Ahora bien, que pueda atenderse a sentimientos sociales para punir, siempre y cuando no se puna el disfrute de un derecho fundamental, es una propuesta impecable en la perspectiva del respeto a no punir el disfrute de derechos del autor –y de la finalidad a prima facie legítima buscada por la norma–, pero insuficiente a la luz del estándar de proporcionalidad estricta para resolver en definitiva la legitimidad de la protección penal de los animales, en la medida que de todos modos permite que se tutelen penalmente bienes jurídicos no dignos de esa clase de protección, en tanto no se vinculen con un derecho fundamental ni se orienten a su satisfacción.

2. Y es que a la luz del principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional, un análisis relevante para determinar si se está ante una medida de limitación de derechos constitucionalmente justificada -o injustificada-, parte de la identificación de los intereses y derechos en conflicto, a efecto de evaluar si el legislador equilibró de manera óptima los beneficios que se derivan por proteger con pena aquellos intereses –delimitados como bienes jurídicos– con los costos para posiciones de derechos fundamentales que aparezca dicha tutela. Esto es, decidir si en la norma penal se logró un equilibrio entre las utilidades por proteger un bien de aquella manera y las injerencias en posiciones de derechos fundamentales del infractor que conlleva no solo la prohibición, sino también las sanciones específicas de dicha norma.<sup>17</sup>

Por ello, considerar –como opina Gimbernat– a los sentimientos sociales como un bien jurídico digno de tutela penal, cuando se puna una conducta que incida en un bien ya tutelado en otro ámbito del orden jurídico, pero que no sirva a derechos fundamentales y cuya interdicción penal se estime necesaria para proteger sentimientos de aquella índole: de todos modos es una postura que desatiende que si la punición involucra incidir en posiciones de derechos fundamentales del infractor, difícilmente podrá justificarse tal clase de injerencia como estrictamente proporcional, cuando la conminación penal no proteja como bien jurídico, precisamente a una situación al menos vinculada a derechos de igual índole o dirigida a su satisfacción.

3. De ahí viene a cuentas la propuesta de desincorporar como punibles a un segmento relevante de “delitos contra los animales” actualmente vigentes, en tanto que, aun cuando cabe sostener que aquéllos merecen protección por parte del legislador, de todos modos la penalización de conductas en el trato de animales –que no conlleven violencia extrema o crueldad contra ellos–, involucra incurrir en una punición excesiva, por la evidente desproporción estricta que apareja punir conductas de falta de atención o descuido del bienestar de los animales, a costa de las libertades que como penas han de imponerse a los autores de aquellas distracciones, que más bien –y solo en algunos casos–, solo deberían ameritar sanciones administrativas.

No sucede lo mismo si se mantiene la punición de acciones de crueldad y extrema violencia contra los animales, porque en tales eventos ya no solo se trata de la barbarie contra seres vertebrados, no humanos, con capacidad de memoria y sufrimiento, sino, además, del derecho que tenemos como personas de llevar una vida libre de violencia.

## D. BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

1. La pauta más extendida en la actualidad para clasificar a los bienes jurídico-penales es la de atender a dos conjuntos de bienes, según los tipos penales protejan prevalentemente a las personas, consideradas individualmente, o bien tutelen a las personas agrupadas colectivamente. La distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos se refleja en la sistematización de algunos códigos penales, como el suizo y el argentino. El contenido y número de estas categorías de bienes jurídico-penales varía en el tiempo y en el espacio, pero de una u otra forma descuellan los siguientes bienes jurídico-penales:

Dentro de los bienes individuales se incluyen la vida, la salud o integridad corporal, la libertad deambulatoria, la libertad sexual y la seguridad del auto-desarrollo psicosexual de las personas menores de edad, así como del desarrollo de la personalidad, en general, de las menores de edad; la vida en familia sin intromisiones ilícitas, el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la

<sup>16</sup> Gimbernat, Enrique, “Presentación”, obra colectiva de Roland Hefendehel (ed), *La Teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Edición Española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 24.

<sup>17</sup> Al respecto véase a Cossío Díaz, José Ramón, *Pérdida de la patria potestad y proporcionalidad...*, op. cit., pp. 4-7.

igualdad, la libertad y seguridad reproductivas, la filiación y la subsistencia familiar, la inviolabilidad del domicilio, la privacidad e intimidad personales, la información y las comunicaciones privadas, y el patrimonio de las personas.

Dentro de los bienes colectivos se hallan, por un lado, los que interesan a una generalidad de personas, sin mediación de un ente institucional, como la seguridad en el ejercicio de profesiones; la seguridad en la prestación pública de servicios; la seguridad, funcionamiento y estado de vías públicas y de transportes públicos; la seguridad pública de las personas; la salud pública, y la protección del medio ambiente. Y por el otro, aquellos bienes colectivos de índole institucional, esto es, en los que la protección de los intereses individuales se mediatiza a través de un ente oficial, como la seguridad pública en materia de prevención, investigación y persecución de delitos, la seguridad en la administración e impartición de justicia, la seguridad en la eficacia de las sanciones y de la confianza en los actos administrativos, la fe pública, la honestidad en el servicio público, y la seguridad de las instituciones constitucionales del Estado o de sus municipios.

2. La referida clasificación de bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos es precisamente la que se propone en el Libro Segundo del nuevo Código Penal, dedicado a los delitos en particular, misma que difiere de la tradicional ordenación de los delitos según afecten al Estado, a la sociedad, a la familia y a las personas, existente el Código Penal vigente.

Y hay razones tanto filosóficas y jurídicas, como prácticas, para esta nueva clasificación, porque si se mira bien, no se trata de dar prevalencia a los bienes jurídicos individuales sobre los colectivos, porque estos también tienen como substrato la protección de las personas. Se trata de dar una visión antropocéntrica de los bienes jurídico-penales, en tanto cada persona ya tiene un valor constitucional en sí misma y la vez se constituye como eje y miembro inescindible de la familia, de la sociedad y del Estado.

Al respecto, Carbonell ha señalado:

“...el entendimiento personalista de los bienes jurídico-penales colectivos, parte de que el ciudadano individualmente considerado es el destinatario último de la Constitución y por ende del Derecho penal y, por tanto, de todos los bienes jurídico-penales de los que no son una excepción los colectivos. Si bien, con relación a los mismos, la referencia está mediatizada por una estructura social, por su colectivización. Pero supone un error considerar que los intereses colectivos son un testius genus con relación a los intereses individuales”.<sup>18</sup>

Con base en ello, Santana Vega observa:

“...no se trata, o no solamente, de configurar una concepción antropocéntrica del bien jurídico-penal, sino de abordar la cuestión desde un punto realista. ¿Se protege el medio ambiente de Júpiter? O sin irnos tan lejos ¿por qué no constituye delito ecológico el dejar los satélites-basura girando alrededor de la tierra? ¿Por qué es sólo delito y no sólo infracción administrativa la contaminación producida a partir de unos determinados porcentajes? La respuesta a todas estas preguntas tiene siempre un mismo referente: el peligro para el ser humano”.

3. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico y práctico, la clasificación de bienes jurídicos individuales y colectivos es más dúctil para agrupar las distintas afectaciones a bienes jurídicos específicos, que la clasificación tradicional de delitos contra el Estado, la sociedad, la familia y las personas, que, por su índole más cerrada, presenta con frecuencia más problemas para determinar en cuál de esos apartados cabe ubicar ciertas afectaciones difusas de bienes jurídicos específicos, pero distintos.

Paradójicamente, la simple división entre bienes individuales y colectivos permitió ordenar y determinar mejor en el Código Penal que se somete a su consideración, los bienes jurídicos específicamente afectados, la naturaleza de la afectación y su gravedad, según sea de lesión o de peligro concreto o potencial para el bien jurídico de que se trate en los respectivos tipos penales, lo que auxilia a cumplir mejor con el principio de proporcionalidad que, como imperativo constitucional, establece el artículo 22 Constitucional, de que “toda pena debe ser proporcional al delito y al bien jurídico afectado”, lo cual conduce a otros dos temas de capital importancia para el legislador, por un lado, tener en cuenta el grado abstracto de la lesión o del peligro de lesión a los bienes jurídicos penales y, en correspondencia, cuidar la proporcionalidad entre los delitos y las penas que instituya en el Código Penal, a efecto de que las conminaciones puedan estimarse constitucionalmente justificadas.

## E. LESIÓN Y PELIGRO DE LESIÓN A UN BIEN JURÍDICO-PENAL

Sólo desde un concepto material y personal de bien jurídico (como situación valiosa determinable, en la que se disfrutan derechos fundamentales o dirigida a su satisfacción o resguardo), es posible vincular el delito a la idea de lesión o peligro (involucrados en la voz “afectación” empleada en el artículo 22 Constitucional) que se irroga al objeto protegido, el cual es independiente de la norma prohibitiva que se infiere del tipo penal, la cual, a diferencia del objeto (situación valiosa determinable) que se salvaguarda, no es parte constitutiva del bien jurídico ni pertenece al contenido del tipo penal.

### I. Concepto de lesión a un bien jurídico

<sup>18</sup> Carbonell, Juan Carlos, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, p. 16.

1. En tal sentido, la “lesión” a un bien jurídico puede concebirse como “menoscabo, pérdida o impedimento” del disfrute del objeto protegido, sufridos por su titular, que se ocasionan con la conducta descrita en el tipo penal. Expresiones suficientemente comprensivas de la idea de “lesión”, toda vez que “menoscabo” quiere decir, “disminuir algo, quitarle una parte, reducirlo; deteriorarlo; causar mengua o descrédito”. Y porque en las acepciones de “perder” están la de “padecer daño, ruina o disminución en lo material o inmaterial”, y respecto a “impedir” se hallan las de “estorbar, obstaculizar, o imposibilitar la ejecución de algo”.<sup>19</sup>

De esa manera, el concepto de “lesión” como pérdida, impedimento o menoscabo del objeto a proteger penalmente, vinculado a derechos fundamentales o dirigido a su satisfacción, es aplicable no solo a bienes cuyo objeto protegido se asocia con una entidad corpórea, sino también con los que carecen de ella, como el honor o la intimidad, y una gran porción de los bienes colectivos. Como, por ejemplo, en el primer extremo, cuando se ocasiona la pérdida del disfrute de cosas o valores propiedad de una persona, y en el segundo, se menoscaba su honor, o bien se obstaculiza el cumplimiento de una función o prestación del Estado, como sucede si se imparte una justicia parcial, o se estorba significativamente la prevención de delitos, su investigación o persecución.<sup>20</sup>

2. Así entendido, el concepto de lesión no se identifica en un sentido sólo naturalístico con la destrucción o deterioro de un objeto físico, ni ideal como el «desprecio» a la vigencia del valor expresado en la norma, mediante la realización de una conducta contraria a la misma (como estima Jakobs).<sup>21</sup> Y por ello, también cabe constitucionalmente objetar la creación legislativa de tipos penales de mera desobediencia a normas, y desde la misma perspectiva constitucional, solo aceptar como tipos penales de lesión, aquellos cuya conducta conlleve una pérdida, impedimento o menoscabo en la disponibilidad del bien protegido que sufre su titular, como ocurre, por ejemplo, con el homicidio, el robo, la administración fraudulenta, el prevaricato, la revelación de secretos, etc.

## II. Concepto de peligro para el bien jurídico

1. A su vez, el “peligro” se caracteriza como un estadio previo a la lesión del bien, que se presenta cuando la acción descrita en el tipo genera una situación en la que es probable que el bien jurídico sufra tal lesión.<sup>22</sup> En tal sentido, Jiménez Huerta señala a Ratiglia, quien observa que un tipo penal será de peligro si implica que “...al bien tutelado se le coloque en una condición objetiva de probable lesión”.<sup>23</sup> Aunque dentro de dicha categoría también se distingue entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, como dos modalidades con un contenido diferente de la acción peligrosa que se quiere disuadir mediante la creación del tipo penal.

2. En los delitos de peligro «concreto», es preciso que la conducta descrita en el tipo penal sea apta para lesionar desde luego al bien jurídico protegido, es decir, de que enseguida se resuelva en cierta lesión determinable al bien tutelado. Así ocurre en muchos casos de tentativa punible y en todos aquellos tipos cuya redacción implique que la conducta ya sea capaz de lesionar de cierto modo al objeto que se salvaguarda. Mientras que en los delitos de peligro «abstracto», aunque la conducta descrita en el tipo no conlleva un riesgo que deba resolverse desde luego en un resultado lesivo, de todos modos, aquella debe comportar un peligro “potencial”, mismo que debe existir, en el sentido de que la conducta genere una situación realmente peligrosa para el bien protegido.

Así sucede, por ejemplo, con el delito del artículo 337 del Código Penal que se propone, en el que se pune “...a quien, sin autorización de las autoridades competentes, o sin observar las medidas de seguridad pertinentes, almacene, transporte o distribuya sustancias peligrosas para la vida, salud o patrimonio de las personas, por sus características tóxicas, corrosivas, explosivas, inflamables o combustibles”; o bien, con el abandono de atropellados o de recién nacidos, como delitos de peligro contra la vida o salud personal previstos en el mismo código penal que se propone.

3. Por último, no se pasa por alto que, en los delitos de peligro abstracto igual se hallan los llamados tipos de peligro acumulativo, pero real, cuya concreción aislada no origina de por sí un peligro de lesionar al bien, pero que de no conminarse penalmente las conductas que los constituyen, la acumulación de muchas de esas acciones típicas sí lesionará al bien tutelado (teoría de la acumulación). Sin embargo, la prohibición penal de esa clase de conductas está restringida a la protección de bienes colectivos en los que se refleje el disfrute de ciertos derechos, tales como la salud pública, que son susceptibles de ser afectados por acumulación, como sucede con los delitos contra el medio ambiente y en algunos en materia de narcóticos que involucran efectos graves para la salud de los consumidores.

4. Sin que sea constitucionalmente válido asimilar el fin del poder penal sólo para disuadir que se cometan infracciones, porque si se sostuviera que el fin de punir sería inhibir meras desobediencias a normas, aunque su desacato no lesionara ni pusiera en peligro de lesionar a un bien jurídico, se sustituiría el objetivo constitucional de proteger bienes jurídicos de que sean afectados (que se deriva del artículo 22 constitucional), por fines del poder penal cuyo único cerco sería la infracción a las normas.

19 Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Real Academia Española, [www.rae.es/](http://www.rae.es/); 2013.

20 Al respecto véase a Soto Navarro, Susana, La protección penal de los bienes colectivos..., op. cit., pp. 320 y ss.

21 Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, trad. de la 2ª ed. Alemana a cargo de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 319.

22 Para un estudio en torno al concepto de peligro, ver a Blanca Mendoza Buergo, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, Comares, 2000, pp. 18 y ss.

23 Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., t. I, p. 191.

Ello llevaría a la inconsecuencia de que el legislador se auto-legitimara en su potestad penal, con solo ejercer su facultad de prohibir en la ley penal las contravenciones que él u otras autoridades lleguen a establecer, previendo penas para ellas y ordenando su imposición, sin que afecten a un bien jurídico, con violación de su deber en sentido contrario, determinado en el artículo 22 constitucional, en tanto éste instituye que “toda pena deberá ser proporcional al delito y al bien jurídico afectado”.

#### CUARTA PARTE

### PROHIBICIONES Y MANDATOS CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DEL PODER PENAL

#### A. PREMISAS

Lo primero a destacar, es que la exigencia de que toda norma penal debe perseguir fines lícitos, rechaza cualquier disposición legal que contemple penas prohibidas en la Constitución, o a que el legislador omita instituir como delitos, conductas que aquella manda punir, o bien, cuando la magnitud o temporalidad de las penas, riñan con los fines que respecto de ellas se ordenen desde la propia Constitución. Más allá de ello, todo lo que la Constitución no ordene ni prohíba, permanecerá en el terreno de lo constitucionalmente posible para el legislador, aunque tratándose de normas sancionadoras o afectantes de posiciones de derechos, su legitimidad también dependerá de que aquél las expida ajustándose al principio de proporcionalidad y a la prohibición de penas excesivas que derivan del artículo 22 Constitucional.

#### B. LA PROHIBICIÓN DE PENAS EXCESIVAS

En los aspectos señalados, conforme al artículo 22 Constitucional, están vedadas por excesivas las penas absolutas, es decir, las que por su duración o magnitud cancelen en su totalidad el derecho o conjunto de derechos que sean objeto de la sanción, así como también están proscritas las penas fijas, debido a que ni unas ni las otras admiten su graduación, que es un elemento esencial del principio de proporcionalidad que deriva del artículo 22 Constitucional.

##### I. Penas graduables

Lo expuesto lleva a que el legislador deba instituir un sistema de graduación de penas, es decir, de mínimos y máximos, dentro de los cuales permita al juzgador tomar en cuenta la gravedad específica del hecho lesivo cometido y el grado de culpabilidad en ese hecho, para que pueda determinar racionalmente, en cada caso, la pena concreta que amerite el sentenciado. Lo cual conduce necesariamente a estimar como ilegítimas las penas legales fijas, o que no admitan modulación alguna según aquellos baremos respecto a los múltiples derechos que automáticamente suspendan, por contravenir el principio de proporcionalidad, como sucede cuando el legislador estipula cancelación de beneficios durante la ejecución de la pena de prisión, a pesar de que ellos están instituidos como derechos en el artículo 18 Constitucional.

##### II. Penas fijas

Ello también se refleja en lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la multa, en las tesis de rubros siguientes:

MULTAS PENALES FIJAS. EL ARTÍCULO 464 TER, FRACCIONES I A III, DE LA LEY GENERAL DE SALUD QUE LAS ESTABLECE, VIOLA LOS ARTÍCULOS 16 Y 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 25 DE MAYO DE 2006).<sup>24</sup>

MULTAS EXCESIVAS. EL SISTEMA QUE ESTABLECE SU IMPOSICIÓN EN PORCENTAJES FIJOS VIOLA EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL.<sup>25</sup>

MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES.<sup>26</sup>

##### III. El límite del “mínimo vital” en multas y reclusiones domiciliarias

Del mismo modo cabe hablar que una pena de multa será desproporcionada, cuando el monto a que ascienda cancele el mínimo vital de quien la sufra, al igual que la pena de reclusión domiciliaria que no permita a la persona sentenciada las salidas indispensables para su trabajo, alimentación y salud, tal como se deriva de la tesis de jurisprudencia de rubro siguiente:

24 Tesis de jurisprudencia P./J. 103/2008, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 600.

25. Tesis P. X/95, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 86-2, febrero de 1995, p. 21.

26 Tesis P./J. 10/95, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 19.

MÍNIMO VITAL. CONFORME AL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y AL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SE ENCUENTRA DIRIGIDO A SALVAGUARDAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO DE LAS JURÍDICAS.<sup>27</sup>

En el artículo 13 del Código Penal que se somete a su consideración, se tomaron en cuenta aquellas razones respecto a las penas que se proponen para cada delito, y aunque en muchos de ellos se plantea un incremento sustancial de las multas debido a la naturaleza de los delitos, en cualquier caso, para evitar multas excesivas también se estableció el límite del “mínimo vital” al que deberán sujetarse los jueces y tribunales al imponer una multa, esto es, según las condiciones económicas de la persona sentenciada, como también se procedió de similar manera para la pena sustitutiva de reclusión domiciliaria, respecto a las salidas indispensables –como ya se dijo– para el trabajo, la alimentación y la salud de la persona sentenciada.

### C. LÍMITES A LOS INCREMENTOS EXCESIVOS A LA PRISIÓN

Del mismo modo, ante la tendencia expansiva de la duración de las penas de prisión, con la creencia equivocada de que el incremento punitivo traerá como consecuencia menos delitos, a pesar de que una y otra vez los hechos demuestran lo contrario, y que, de continuar en esa ruta, en muchos casos las penas de prisión pueden volverse absolutas (vitalicias), se prevén varios remedios.

#### I. Límites a la duración máxima de la pena de prisión

1. El primero consiste en proponer límites escalonados de duración máxima de la pena de prisión, de treinta, cuarenta, cincuenta y sesenta años, según la menor o mayor gravedad del delito o delitos por los que pueda estar condenada una persona, ya sea por un delito único, o por varios cometidos en concurso real, ideal o complejo de delitos.

El límite máximo de duración de la pena de prisión de sesenta años, se corresponde con la reciente reforma en igual sentido que se hizo al Código Penal Federal, para estar en consonancia con los nuevos postulados del sistema de justicia penal que surgieron desde el año de 2008 al reformarse la Constitución para erigir no solo “la legislación única en materia procedimental penal” (Artículo 73-XXI-c, Constitucional), sino también al establecer el principio de proporcionalidad en el artículo 22 Constitucional, reformas que se complementan con la reforma al artículo 1º Constitucional en el año 2011, respecto a un nuevo sistema garantista de respeto a los derechos humanos.

Así, el principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional se proyecta, por una parte, desde que se fijan límites escalonados de duración máxima de la pena de prisión, según la gravedad de los delitos concursantes, y, por la otra, con el tope máximo de sesenta años de prisión para evitar que las fórmulas de concurso de delitos puedan convertir a las penas de prisión en vitalicias y, por tanto, en penas absolutas que contravengan no solo el referido postulado del artículo 22 Constitucional, sino el fin de reinserción del sentenciado a la sociedad, instituido imperativamente en el artículo 18 Constitucional. De todos modos, este no es el lugar para motivar extensamente el sistema de determinación e individualización de penas que se propone en el Proyecto, mismo que se corresponde con el tercer momento de intervención del poder penal ante las personas, por lo que en su oportunidad cabrá ocuparse de tal sistema en su congruo lugar.

4. Sin perjuicio, por supuesto, en la fase de ejecución penal, de la reducción de la pena hasta la mitad de la impuesta en virtud de los beneficios de libertad anticipada que, como derechos, estipula el artículo 18 Constitucional (previstos en la Ley Nacional de Ejecución Penal), y, además, de los casos de pena de prisión innecesaria del artículo 98 del proyecto, en los cuales podrá prescindirse de la pena de prisión impuesta, sustituyéndola con reclusión domiciliaria y/o libertad supervisada, con suspensión de derechos si es necesaria y con las medidas de seguridad que sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales a los fines de prevención que pretendan alcanzarse, cuando para tales efectos existan razones humanitarias o tercera edad avanzada, según se establece en el citado artículo 98 del Código Penal que se propone.

#### II. Los marcos punibles

1. Un remedio intermedio radica en que la pena de prisión respecto de un delito, se halle expresada en cada tipo penal mediante un mínimo y un máximo de duración de la pena aplicable al delito de que se trata (artículos 14 y 22 Constitucionales). Esos extremos mínimo y máximo vienen a constituir el marco legal punible –o espacio temporal determinado ex ante en la ley–, dentro del cual el juez o tribunal ha de individualizar la pena concreta de prisión –expresada en unidades de tiempo, años y/o meses– que deba imponer al sentenciado por el delito cometido o en el que participó, y en su caso, según las condiciones señaladas en la ley, para suspenderla o sustituirla.

Tal sistema de marcos punibles, que consiste en fijar en cada tipo penal un mínimo y máximo de pena para cada delito, también es –como antes se dijo– una derivación directa del principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional, pues, si se de él se desprende que toda conminación penal debe ser idónea, necesaria y proporcional para disuadir la afectación a un bien jurídico,

<sup>27</sup> Tesis de jurisprudencia I.9o.A.1 CS (10a.), Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 28, marzo de 2016, t. II, p. 1738.

según su importancia y la gravedad del delito, frente al peso de las posiciones de derechos fundamentales que se afligen con la conminación penal: ello conlleva a que el legislador deba establecer un marco de punibilidad para cada delito, que permita al juzgador cuantificar la pena dentro de los extremos de dicho marco, precisamente de manera proporcionada a la gravedad concreta del injusto culpable (delito) realizado por el sentenciado.

2. Si ello es así, ya cabe entender que los marcos punibles de cada tipo penal, reflejan los efectos preventivo-generales que el legislador estimó necesarios para disuadir conductas que afecten los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes tipos penales; por lo que cualquier pena que respecto a un delito imponga el juzgador, dentro de los marcos punibles de ese delito y conforme a las pautas legales para individualizarla, ya tendrá la suficiente capacidad –legislativamente estimada– de satisfacer fines de prevención general ante terceros, es decir, para que se abstengan de afectar al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, de la manera descrita en el mismo.

Sin embargo, una cosa es la función disuasiva ante terceros que pueda tener la pena impuesta por un delito, dentro de un marco punible cuyo fin legislativo es la prevención general, y otra diferente es que el juez o tribunal deba tomar en cuenta el efecto inhibitor de la pena para individualizarla. Ya que no será legítimo que el juzgador cuantifique la pena para que otros se guarden de cometer delitos como el que pune, porque en tal caso pasará de lado que el marco legal punible ya lo estableció el legislador como el necesario para inhibir conductas como la descrita en el tipo penal.

Y, además, porque de seguir aquella ruta, el juzgador no respetará la dignidad de la persona sentenciada protegida en el artículo 1° Constitucional, al instrumentarla penalmente para desalentar a los demás. Lo que no ocurre con las amenazas abstractas que involucran los marcos punibles de los tipos, en tanto éstos y aquéllas se dirigen a todas las personas y no a una en particular.<sup>28</sup>

Asimismo, si el juzgador cuantificara la pena, para que otros no cometan un delito como el que pune, además de que no respetaría la dignidad del sentenciado (protegida en el artículo 1° Constitucional), al utilizarlo penalmente en función de los demás, tampoco se ajustaría a los mandatos que se derivan de los artículos 14 y 22 Constitucionales, de aplicar exactamente la pena al delito de que se trata y de cuantificarla según la gravedad del injusto culpable, de manera proporcionada al marco legal punible señalado al delito, pero no cuantificarla ni aplicarla (aunque sea en parte), por aspectos ajenos a las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso.

## II. Los medios alternos, la condena condicional y los sustitutivos penales

1. Una vez que se fije la pena de prisión, habrá que tener en cuenta que la reinserción social es un mandato constitucional que obliga al Estado a organizar el sistema penitenciario de modo que haga posible volver a insertar al sentenciado a la sociedad. Por ello, tal reinserción no es una opción prescindible de los fines del sistema penitenciario, sino que es un deber-fin ineludible que impone al Estado el artículo 18 Constitucional, para que con base en principios fundamentales fije reglas relativas a la ejecución de la pena de prisión según aquel fin.

2. En tal contexto, si la pena se limita por la graduación del injusto culpable, además, el principio de proporcionalidad comporta los paradigmas de “necesidad” de pena y de “adecuación” a su fin: por ende, la de prisión debe ajustarse para cumplir una reinserción social (responsable) del sentenciado, que el artículo 18 Constitucional le asigna imperativamente al sistema penitenciario. De ahí que en tal sistema “...deben observarse los beneficios que prevea la ley...”, lo cual conlleva la exigencia de instituciones penológicas que miren al fin de reinserción social. Y estas garantías, junto con la de procurar compensación a la víctima,<sup>29</sup> son las que en delitos no graves legitiman la conversión de la pena de prisión desde que ella se imponga, por los sustitutivos penales, vigentes en México desde 1983.<sup>30</sup>

3. De ello se sigue que podrá ser lícito prescindir de la pena de prisión adecuada a la gravedad del injusto culpable. Pues si bien es cierto que tal proceder está vedado para una tesis retributiva consecuente: pues significa renunciar parcialmente al castigo penal. También lo es, que esa visión de sumar un mal a otro (donde sólo se obtiene uno redoblado) está superada para el Derecho Penal, según los principios de estricta necesidad de las penas, de su adecuación al fin de reinserción social y de prevalencia de una justicia restaurativa en virtud del subprincipio de necesidad-subsidiariedad.

---

28 En España se pronuncia en un sentido muy similar al apuntado, Martín Besio Hernández en, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, Universidad de Barcelona, Tirant Le Blanch, 2011, p. 222 y ss.

29 En relación con el tema, véase a Hans Joachim Schneider, “Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”, en *Criminalia*, año LIX, no. 2, mayo-agosto 1993, p. 50.

30 Véase al respecto, por todos, a Sergio García Ramírez, “*Desarrollo de los sustitutivos de la prisión*”, “Cuadernos para la reforma de la Justicia 2”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edición y formación en computadora al cuidado de Isidro Saucedo, 1995, <http://www.bibliojuridica.org>.) Véase también Luis Manzanera, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984, y Dolores Fernández, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. En España a Mercedes García Arán, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, (Navarra), Ed. Aranzadi, Cisar Menor, 1997.

Es por esos fines y aquellos principios, que las alternativas menos severas a la pena de prisión están permitidas.<sup>31</sup> E incluso serán necesarias aun cuando en la ley se prevea pena de prisión para el delito de que se trate, si es que en el caso puede restaurarse la paz jurídica-social con sanciones menos graves, adecuadas a la posible reparación del daño y a la reinserción social responsable del sentenciado, conforme a los artículos 18 y 22 Constitucionales.<sup>32</sup>

4. Así pues, aunque sea verdad que de la fase de ejecución no quepa eliminar del todo el punto de partida de la prevención general. Pues en delitos graves –como los señalados en el artículo 19 Constitucional no puede desde luego prescindirse de prisión. También es cierto que respecto a los demás delitos hay que promover la necesidad de fijar bases jurídicas ciertas a través de nuevas vías y soluciones racionales, alternas a las tradicionales del proceso penal (artículo 17 Constitucional) y de la pena de prisión (artículos 18 y 22 Constitucionales). Las cuales procuren una socialización responsable, la reparación del daño en lo posible, y favorezcan la paz.

Por ahora, en el primer grado están los medios que antes de la sentencia adelantan una justicia restaurativa (artículo 17 Constitucional), como la mediación y conciliación, la reparación del daño, o la suspensión condicional del proceso para los delitos que señale la ley. Y en el segundo grado están los delitos de pena alterna a la de prisión, la condena condicional y los sustitutivos penales (conmutación, semilibertad, trabajo en favor de la comunidad, libertad vigilada y multa sustitutiva), dirigidos a reinsertar socialmente al sentenciado, iniciados con la reforma de 1983 al CPF, que encabezó el Dr. Sergio García Ramírez.

### III. El principio de “insignificancia”

1. Un cuarto remedio se corresponde con el llamado “principio de insignificancia”, que, según el artículo 13 del proyecto, se actualiza “cuando aun la imposición de la pena mínima señalada por la ley al delito de que se trate, resulte excesiva o innecesaria, debido a la ínfima gravedad del hecho delictivo, o a la insignificante afectación concreta al bien jurídico protegido, según las condiciones de la víctima o persona ofendida”. Un ejemplo emblemático fue “el caso del robo de medio litro de diésel” del que se apoderó un trabajador para limpiar el motor del camión que conduciría, pero cuyo propietario y patrón no había dado su consentimiento para tal menester, a pesar de que era dueño de la gasolinera, del combustible, y de más de cien vehículos de transporte.

La pena mínima que le correspondía al trabajador era de tres años de prisión y una multa por el equivalente a ciento cincuenta días de salario mínimo. Imponer tres años de prisión y el pago del equivalente a ciento cincuenta días de salario por el robo de medio litro de diésel, que en el tiempo del hecho costaba menos de cinco pesos, y donde su dueño también era propietario de miles de galones más de combustible, de la gasolinera y de más de una centena de camiones de carga, evidentemente significaba –y significa– imponer una pena excesiva ante lo insignificante de la afectación, según aquellas circunstancias.

El artículo 308 del proyecto del Código Penal que se propone, también recoge el principio de insignificancia para todos los delitos contra el patrimonio personal, salvo los cometidos con violencia física o intimidación con arma, cuando la cuantía de lo afectado no exceda del equivalente a cuatro veces el importe del valor diario de la unidad de medida y actualización, y la lesión sea insignificante según la situación económica de la víctima, además, el agente no sea reincidente.

2. Sin embargo, el principio de insignificancia no se constriñe a los delitos patrimoniales, Zaffaroni señala “...los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron revelados como atípicos por Welzel, conforme a su teoría de la adecuación social de la conducta. Luego, el viejo principio “mínima non curat Praetor” sirvió de base para el enunciado moderno del llamado “principio de insignificancia o de bagatela”, según el cual, las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva”.<sup>33</sup> A ese argumento se le ha criticado que es un criterio que deriva de la vieja noción de antijuridicidad material. Reparo que es insuficiente, dado que la afectación al bien, a la cual precisamente antes se le llamaba antijuridicidad material, sigue siendo esencial a los efectos de la tipicidad y del injusto, ya que estos son inconcebibles sin aquella afectación conforme al artículo 22 Constitucional.

De cualquier manera, debe reconocerse la necesidad de resolver casos en que –como dice Zaffaroni– “...la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante”.<sup>34</sup> Pues –siguiendo al autor– en esos eventos se trata de aplicar el principio de proporcionalidad, que demanda congruencia entre la lesión al bien jurídico y la punición”.<sup>35</sup> Por ejemplo, repugna a la conciencia jurídica que se estime como robo el apoderarse de un cerillo ajeno para encender un cigarrillo. O que se sancione como robo de uso, al alumno que, para contestar la pregunta del maestro sobre un problema del libro, se apodera en la

31 Véase al respecto a Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención General e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1999, pp. 349 y ss.

32 Véase al respecto a José Luis González Cussac, “Arbitrio Judicial y artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la sentencia de marzo de 1986 (R.A. 1670)”, Madrid, en Poder Judicial, N° 4; 1986, pp. 141 a 154.

33 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota 6, p. 471.

34 Idem., op. cit., p. 471.

35 Mismo principio de proporcionalidad que a partir de 2008 se establece como garantía en el artículo 22-párrafo-primero-in-fine de la C. que limita la punición.



clase –por un momento–, del ajeno que tiene al lado. Como también sería excesivo punir por privación de la libertad al conductor de un autobús urbano que lleve al pasajero hasta la parada siguiente de la solicitada, etc.

3. Por esas razones en el proyecto del Código Penal que se somete a su consideración, la insignificancia de la lesión al bien, también se establece como causa de atipicidad en el artículo 52-IX. Ahora bien, para resolver la atipicidad por insignificancia hay que atender a las pautas siguientes. En primer lugar: no admiten tal causa los tipos cuya lesión al bien jurídico no sea graduable. Y, por el contrario, en casi todos los tipos cuyos bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible concebir actos que sean insignificantes al ámbito lesivo del bien. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser éste un concepto graduable. Mas el principio de insignificancia también ha de tomar en cuenta dos factores alternos que se evalúan en cada caso concreto: El primero atiende a cómo esa clase de lesión puede ser importante para su titular. Pues la lesión, aunque escasa, sigue siendo lesión. De allí que cuando la mínima lesión tenga –ex ante– valor para el titular según su situación personal, ella seguirá siendo significativa para su relieve típico.

El segundo factor para tomar en cuenta es la medida en que el bien todavía sea disponible por su titular. Pues el hecho será atípico si en el caso concreto ya no cabía esperar una disponibilidad significativa del bien por parte del titular. En efecto, quedan dentro de esta causa de atipicidad, los casos que vuelven insignificante la afectación, porque el titular del bien ya no podrá disponer de él. Ya que el bien jurídico no sólo es el objeto de protección, sino la disponibilidad que tenga el titular sobre aquél. Y ella se vuelve banal cuando en un caso concreto no reste posibilidad alguna de disposición o disfrute del bien. Así sucede en los casos que ejemplifica Zaffaroni:

“... con la muerte de un animal que de inmediato sería sacrificado por la policía sanitaria; con el apoderamiento de objetos que segundos después serían destruidos por la autoridad, o con la detención de una persona instantes antes de que lo hiciese la misma policía. Se trata de bienes de los que el sujeto ya no podía disponer, esto es, que estaban reducidos a restos de bienes jurídicos o habían perdido su carácter esencial: una efectiva relación de disponibilidad [por el titular].”

“Cuando se trata de hechos de la naturaleza, en general la situación no varía: los niños que destruyen el sembrado un momento antes de que lo haga el granizo, no están afectando la disponibilidad del sembrado por parte del propietario que, de cualquier modo, ya no podría haber dispuesto de él. No puede afirmarse lo mismo respecto de la vida humana, porque es el bien disponible por excelencia, del cual hay disponibilidad hasta el último instante sólo por parte de su titular.”<sup>36</sup>

## QUINTA PARTE

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

#### A. IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD ESTRICTA

1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la doctrina son unánimes en considerar que para decidir la legitimidad de una norma penal a la luz del principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 22 Constitucional, no solo debe verificarse si la conminación penal tiene un fin legítimo, que según se deriva del artículo 22 Constitucional, ha de dirigirse a proteger a un bien jurídico de su afectación, sino también, constatar que aquélla se ajuste a tres estándares: el de “idoneidad”, el de “necesidad” y el de “proporcionalidad en sentido estricto” a efecto de que sea justificada constitucionalmente.<sup>37</sup>

#### B. EL ESTÁNDAR DE “IDONEIDAD”

1. El examen de la “idoneidad” de los tipos penales que se proponen en este proyecto, se hizo a través de dos ejes: El primero, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, y el segundo, tomando en cuenta el grado de afectación al bien jurídico descrito en el tipo penal correspondiente.

2. Estos dos parámetros se reflejaron en la escala de penas ameritadas para cada delito, pues el grado de afectación descrito o implicado en el tipo, varía según se trate de un menor o mayor grado abstracto de lesión, de peligro concreto o de peligro potencial para el bien protegido en el tipo de que se trate. Con esos baremos, es posible percatarse que –en principio–, amerita una pena más severa un delito de lesión, que uno de peligro concreto, y que el delito de peligro potencial ha de colocarse en la escala más baja. Así, un delito doloso de quien priva de la vida de una persona, amerita más pena que un delito de peligro para la vida de dicha persona, como la tentativa punible de homicidio aparejará una punibilidad más severa que el delito de conspiración para cometerlo.

3. También ameritan más pena los delitos dolosos que los culposos: en tanto que la conducta de quien ya quiere lesionar, importa un mayor peligro de afectación al bien jurídico, de la que hay que disuadir con mayor pena, que la gravedad de una conducta culposa, donde el comportamiento no va dirigido a lesionar al bien.

<sup>36</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota 6, p. 472.

<sup>37</sup> Al respecto, véase a Prieto Sanchís, Luis, *La limitación constitucional del legislador penal*, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. p. 262. Asimismo, a Lopera Mesa, Gloria Patricia, Principio de Proporcionalidad...; op. cit., a lo largo de toda la obra.

4. Y conforme a la importancia del bien protegido, un delito que lesiona al patrimonio debe ameritar una punibilidad menos rigurosa que un delito que lesiona la libertad de autodeterminarse sexualmente. Ciertamente, ello se atempera cuando se trata de delitos “plurilesivos”, donde son varios bienes jurídicos de distinta naturaleza e importancia valorativa los que se afectan, como también se modula por los grados de afectación descritos en el tipo, como sucede, con el robo con violencia agravada, el que describe una o más heridas –y su gravedad– originadas a la víctima al robarla o para escapar con lo robado, ya que, dicho proceder no solo afecta al patrimonio de la víctima, sino que puede afectarlo en diverso monto, y del mismo modo lesiona su salud o pone en peligro su vida.

### C. EL ESTÁNDAR DE “NECESIDAD”

#### I. Proyecciones del estándar de necesidad

Ciertamente, la tarea de buscar un equilibrio integral entre todos los delitos y las penas que componen el Libro Segundo, Parte Especial, del proyecto del Código Penal que se somete a su consideración, habría quedado inacabada si no se hubiera indagado y resuelto el postulado de materializar el estándar de “necesidad”, que deriva del principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional, en una de sus vertientes más emblemáticas, como es plantear penas alternas a la de prisión, que no contempla el Código Penal actual, el cual consigna a la prisión como una pena ineludible para todos delitos.

#### II. La propuesta de 85 delitos con penalidad alternativa

1. En la línea de pensamiento del estándar de “necesidad” en su proyección interna “de intervención mínima”, esto es, no acudir necesariamente a la pena de prisión como único o primer recurso para disuadir afectaciones relevantes, pero leves, a bienes jurídicos, después de un examen acucioso de los delitos en los que puede ser viable el ejercicio del poder penal mediante otros medios menos intrusivos que la prisión, como único remedio, en la iniciativa del nuevo Código Penal que se somete a su consideración, se proponen ahora 85 delitos de penalidad alternativa, mismos que se muestran en el Anexo N° 1 de esta Exposición de Motivos.

2. En los delitos con penalidad alternativa propuestos, se privilegia la punibilidad menos severa, si –y solo si– aún se muestre idónea y suficiente –ante la punibilidad alterna más rigurosa–, para disuadir afectaciones menos relevantes a bienes jurídicos, en delitos no graves, y consecuentemente se fijaron los criterios que ha de tomar en cuenta el juez o el tribunal para resolver por cuál de las penas debe inclinarse en primer lugar, que no son otras que las menos intrusivas en las libertades de las personas imputadas o sentenciadas, entre las que prevalecen –aunque no necesariamente– la libertad supervisada, la multa y la suspensión de derechos, y salvo cuando del delito o del comportamiento previo o posterior al mismo del sujeto activo, en relación con la víctima, el ofendido o terceras personas, racionalmente se infiera un riesgo para ellas, es que podrá acudirse a la pena de prisión.

Así, en el artículo 77 del proyecto se dispone:

“Cuando se trate de delitos que tengan señaladas penas alternas, el juez o tribunal solo podrá atender a la que sea más restrictiva de derechos, si de la conducta delictuosa realizada, o del comportamiento previo o posterior del sujeto en relación con el delito, se infiere racionalmente un peligro para la víctima, ofendido o terceras personas, de tal forma que sea necesario imponer aquélla, porque la menos restrictiva sería insuficiente para reducir el peligro”.

3. Y es que vale recordar que el principio de «fragmentariedad» que también se desprende del estándar de “necesidad”, exige justamente que los bienes merecedores de protección penal se tutelen de manera segmentada. Es decir, solo frente a ciertas afectaciones graves a bienes jurídicos: rechazando una tutela penal abrumadora y, por ello, también indiferenciada. Por ello, desde la perspectiva de fragmentariedad, adquiere especial significación la exclusión penal de las infracciones contra preceptos de policía, bien se trate de prohibiciones de estacionamiento, o bien de horario de cierre de ciertos comercios. Para esos casos basta con sanciones administrativas, que pueden ser multas o arrestos administrativos.

A menos que por la clase de comercio, la hora o la actividad que en él se realiza, conlleven riesgos potenciales para la vida, la salud o el patrimonio de otros o que den pie a que se generen más delitos o a la irreparabilidad del daño. Como sucede con la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad, o fuera de horario; con la operación de centros de apuestas sin permiso de autoridad competente, y con la omisión del seguro obligatorio cuando se trata de un servicio público de transporte de personas, en tanto la falta del seguro arriesga la reparabilidad del daño si con motivo de la prestación del servicio se origina un delito culposo. Tal como así se razona en esta Iniciativa, para que, en el ámbito de la subsidiariedad, se acuda a medidas punitivas suaves y alternas a la prisión para aquellas infracciones.

#### III. La libertad supervisada como nueva pena alternativa a la prisión

La libertad vigilada todavía se mantiene reservada en el proyecto del Código Penal como un sustitutivo penal dentro la condena condicional, pero a diferencia del Código Penal actual, en el proyecto se propone una nueva pena análoga a aquélla, denominada “libertad supervisada” como pena autónoma, que junto con la suspensión de derechos y multas más severas respecto de ciertos delitos, pueden resultar igual o más aptas que la pena de prisión, para cumplir con fines constitucionales, como son la protección de

bienes jurídicos (artículo 22 Constitucional), facilitar una justicia restaurativa (artículo 17 Constitucional), y la reinserción responsable a la sociedad de la persona imputada o sentenciada (artículo 18 Constitucional).

Por tales motivos, se estimó pertinente crear esa nueva pena autónoma denominada “libertad supervisada”, no existente en el catálogo de penas de los demás códigos penales del país, pero que consideramos indispensable para cumplir con el estándar de “necesidad”, pues precisamente se prevé como pena alterna a la de prisión para muchos delitos leves, determinando su duración y las pautas de su individualización, y disponiendo que se ejecutará en los mismos términos que prevé la Ley Nacional de Ejecución Penal para la libertad vigilada.

Los delitos en los que se propone la libertad supervisada como pena alterna a la de prisión, se muestran en el Anexo N° 2 de esta Exposición de Motivos.

#### IV. La cuestión del aborto

Como se podrá observar, en el sistema penal que se somete a su consideración, es la vida de las personas la que, por su valor, merece mayor protección, pues basta comparar las penas de los homicidios dolosos, simples y calificados, con inclusión del feminicidio, parricidio, matricidio, filicidio, etc., con las que se prevén para los demás delitos, y prácticamente ninguno supera a las de los homicidios. Ciertamente, en algunos delitos especialmente graves, como la extorsión o la violación calificadas, por ejemplo, sus penas pueden rebasar la pena máxima para el homicidio simple doloso, pero en ningún caso exceden las penas para los homicidios calificados o para el feminicidio y demás tipos complementados de la privación de la vida de una persona.

a) No obstante, existe una excepción notable a lo expuesto en el párrafo precedente, consistente en el tan debatido problema del aborto consentido, en cuya punibilidad atenuada y alterna predominaron prevalentemente los estándares de idoneidad y de necesidad. Tema que por sus múltiples implicaciones merece una motivación más amplia.

b) En efecto, respecto a una solución punible atenuada y alterna a la pena de prisión en relación con el aborto consentido por la madre, se plantearon las preguntas siguientes: ¿Cómo es posible que un sistema de pena atenuada y alterna a la de prisión, ampare a las mujeres imputadas de un delito de aborto voluntario? ¿Vale tan poco la vida humana? ¿Cuál es la solución correcta para esos casos? ¿Qué tienen que decir las mujeres al respecto? Y como también dijo alguien: ¿Cómo consultamos al bebé? ¿O él carecería de derechos, en este caso el de conservar el bien más preciado que es su vida humana? El tema es controversial por decir lo menos. Toca fibras sensibles de toda clase: éticas, religiosas, familiares, sociales y jurídicas.

c) En realidad, cuando oímos de un delito que afecta nuestros sentimientos de piedad y de justicia es natural que reaccionemos con indignación. Y es normal que pensemos que se deba castigar al culpable. A veces, el hecho simplemente conmueve nuestros sentimientos de justicia muy personales. En otras, el delito es de por sí atroz. O en los medios de difusión al público se maneja el caso de manera sensacionalista.

Ante ello surgen las voces que claman por penas más severas en la ley y para el culpable. Para que éste escarmiente. Y para que las penas duras sirvan de ejemplo a otros. Así se amedrentará a los futuros delincuentes. A tal grado que la salida obvia para muchos es la de pedir esos castigos dechados. No falta que se sugieran hasta consultas populares o al menos que se acuda a encuestas que revelen la opinión pública sobre la necesidad de sanciones más severas.

En ocasiones –las menos– el hecho no es siquiera un delito, pero conmueve los sentimientos morales o religiosos de algunos o de muchos. Y surgen voces que claman pena por lo reprochable del acto o lo indeseable de la conducta. Y que la cárcel sirva para que se castigue o se corrija a la persona culpable o a la de indeseable conducta.

Muchas de esas reacciones son genuinas y válidas en gran parte. Porque hay que reconocer que dentro de la naturaleza humana late el sentimiento de justicia como una aspiración natural del ser humano. Y estas inquietudes sobre la legitimación y la función de las penas se vuelven críticas cuando las preguntas se formulan en relación con el derecho a la vida. El tema no es pacífico. Porque del derecho a la vida se pretenden derivar muchas otras consecuencias. La necesidad, por ejemplo, de la penalización del aborto en cualquier evento. O al menos –como se ha dejado entrever en algunas opiniones– para que fuera de los casos de excepción, el aborto consentido amerite siempre la cárcel.

¿Pero será razón bastante la retribución para que necesariamente se sancione con cárcel cualquier delito o para que se aumenten y se impongan penas de prisión de mayor gravedad? ¿Y será la pena de prisión la necesaria o la mejor solución para el aborto? ¿Qué se puede y se debe hacer al respecto?

Y sin que el derecho a la vida pueda considerarse que es realmente menos valioso que el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos que establece el artículo 4° Constitucional. O qué, ¿el derecho a la vida sería de menor valía que el intrínseco derecho de género que pueda existir para la mujer, como lo es el de decidir la maternidad o la no-maternidad?

d) Por ello al menos, no parece aconsejable sostener sin más la punición, ni tampoco sancionar siempre con cárcel ese delito. Porque, aun cuando se considerase el aborto como un mal que habría de impedirse por todos los medios, sólo podría defenderse un precepto penal drástico en sus consecuencias, si él se hubiese mostrado adecuado para combatir ese mal. Pero, precisamente, es indiscutible que ese no ha sido el caso.

El mero remedio penal para el aborto ha sido no solo inidóneo, sino inútil y, además, una fuente inextinguible de innumerables abortos clandestinos: los que muchas veces realizan gente impreparada y en circunstancias de insalubridad o desatención que originan muertes, lesiones y graves peligros para la mujer. El que son inservibles las leyes penales para resolver el problema se pone también de manifiesto por el escasísimo número –si es que lo hay– de procesos y de sentencias que se instruyen y se dictan por delitos de aborto.

Además, una posición así no deja de implicar una actitud pasiva sociológica y éticamente. Una postura que contempla el problema de los abortos clandestinos, consciente de los daños y peligros ínsitos: pero mecida en escrúpulos morales y sociales debido a que en el código penal deberían existir unos artículos y penas duras totalmente ineficaces, que falsean el problema y que sólo generan espejismos de justicia.

Por lo tanto, hay dos cosas que sí sabemos: 1) Tan es verdad la ilicitud esencial del aborto. 2) Como igual es cierto que es muy poco lo que pueden lograr los fines duros del poder penal tradicional para resolver el problema. Los dos extremos son evidentes en nuestra opinión.

e) La solución no está pues en una norma penal severa. La misma ley penal ni siquiera es capaz de dar una solución plausible. Pero al menos ella sí puede proteger los valores y bienes jurídicos esenciales del ser humano a la vez que evite soluciones que no sean benéficas para la sociedad. Una legislación que, ante los problemas reales que se dan por la debilidad de valores éticos y familiares, así como por la falta o desatención de una educación sexual responsable, no conlleve a una penalización exacerbada. La cual quierase o no, en la mayoría de los casos recae en las mujeres pobres o sin recursos, constituyéndose así en otra causa más de marginación.

Pero también para las madres de familia numerosa que tienen que salir adelante sin ayuda y con muy poco dinero. Entre las mujeres solteras que dependen de precarios ingresos o carecen de trabajo y que por su edad o circunstancias reales tienen poca posibilidad de que su hijo sea debidamente atendido. Entre muchas otras madres que incluso temen el rechazo familiar. Entre las futuras madres donde el padre elude su responsabilidad.

Y en todas aquellas en las que la soledad, el desamparo, la desorientación y también la discriminación indiferente por la desatención del grupo social, provocan por lo general que se reduzca su margen de elegir correctamente. Porque a final de cuentas, en qué medida castigar el aborto es también una cuestión de valorar la culpabilidad humana.

f) Por lo que si el Derecho Penal no puede de por sí remediar el problema. Ni tampoco debe renunciar sin más a proteger el bien esencial de la vida del ser humano, sin abdicar con ello de la base esencial para toda comunidad. El legislador y el estado al menos han de tratar de actuar con mesura. Poniendo en la balanza el peso del Derecho como vía de equidad. Con los ojos abiertos, que permitan anteponer el escudo de la razón, la prudencia, la equidad y la justicia imperfecta pero sensible del ser humano, a la espada fría y pétreo de la diosa ciega de la justicia.

El que el legislador tome al menos aquellas realidades humanas y sociales como motivo para un trato penal diferente, es sólo adelantar bien, con base en esas consideraciones, lo que después el juez debería hacer en tales eventos. Tales casos son de los que quedan en la frontera entre los que existe la exigibilidad social de la sanción y aquellos otros en los que falta la necesidad social de la pena drástica.

Y no se trata tan solo de que esa tarea debiese dejarse al juez para cada caso concreto. Porque no se trata tan solo de evitar la cárcel que se antoja del todo irracional. Sino de evitar la innecesaria criminalización que se produce para las mujeres con motivo de los procesos penales, sino es porque el impedir otras consecuencias indeseables escapa a las posibilidades del Derecho Penal.

La promoción de la solidaridad humana, de los valores éticos y familiares, de la educación sexual y de la información cabal para una paternidad y maternidad responsables son sin duda mejores alternativas que la prisión.

Y es que hay que tener presente que un estado de derecho, no es tan sólo un estado que se rige por leyes. Sino es aquél que dentro de ese marco busca que sus actos de gobierno sean respetuosos de los derechos humanos y a la vez benéficos para la sociedad, o que al menos evita para ella los actos que no le sean benéficos. ¿Qué queremos? ¿A dónde queremos ir? ¿Hacia un estado humanista, social y democrático de derecho o hacia uno de derecho autoritario?

## V. La regulación de la suspensión de derechos

En el mismo orden de ideas, aunque la suspensión de derechos se encuentra incluida dentro del catálogo de penas, es prácticamente inexistente en el actual código penal, en tanto éste no especifica qué delitos la ameritan, menos aún precisa su posible duración, ni

los criterios legales para individualizar la suspensión. En la iniciativa que se somete a su consideración, se propone subsanar esas lagunas, y que la suspensión de derechos sea aplicable en 134 delitos, respecto a los que se regula la duración y extensión de la suspensión, así como las pautas legales para individualizar la suspensión de que se trate. Sin que se pase por alto, que aun cuando en muchos delitos la suspensión de derechos se plantea como pena conjunta a la de prisión, en otros tantos, también se propone como pena alterna junto con otras, como la libertad supervisada, a la de prisión, cumpliéndose así mejor con el estándar de “estricta necesidad” de las penas.

En el Anexo 3 de esta Exposición se muestra la lista de delitos con suspensión de derechos.

#### D. EL ESTÁNDAR DE “PROPORCIONALIDAD ESTRICTA”

##### I. Premisa

El examen de idoneidad de los tipos penales (o conminaciones penales) se complementó con el estándar de “proporcionalidad estricta”, para que las restricciones a posiciones de derechos fundamentales que implicaban las penas a imponer, guardaran equilibrio con la importancia del bien jurídico protegido y el grado de afectación –al bien– descrito en el tipo.

##### II. La igualdad proporcionada entre las penas

En tal contexto cabe concebir al estándar de proporcionalidad estricta no solo como un cálculo de optimización que tiende a buscar con la pena un equilibrio entre el número de disuasiones, con el número posible de injerencias a las posiciones de derechos fundamentales que se afectan con la pena, sino también, como equivalente al principio de igualdad en materia penal, pues así entendido, incorpora sus dos principales contenidos: por una parte, la exigencia de establecer sanciones similares para aquellos delitos que sean considerados de gravedad semejante; y, por otra, la prohibición de fijar las mismas penas por conductas que puedan considerarse de distinta gravedad, así como la de sancionar un delito menos grave con una pena mayor a la prevista para un hecho más grave. Desde esos puntos de vista, el principio de proporcionalidad reclama una «igualdad proporcionada» entre las penas”.<sup>38</sup>

En tal sentido, como ya se dijo, un indicador fue la naturaleza del bien jurídico cuya afectación se contemple. Así como la gravedad del embate, según se trate de lesión, peligro concreto o potencial para el bien. Y será rechazable la asimetría que haya –por ejemplo–, entre la gravedad de las penas de los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la vida o la libertad personal, si la entidad se resuelve en favor de los primeros. Salvo cuando el supuesto punible que contemple la lesión al bien de mayor valor se refiera a una forma de embate de poca gravedad, en relación con uno muy superior en el tipo penal que proteja al bien de menor consideración valorativa y que, normalmente, también involucra la lesión o el peligro de lesionar otros bienes jurídicos, como el robo con violencia física, por ejemplo.

Por ello, ya desde la óptica del subprincipio de proporcionalidad estricta cabrá denunciar la ilegitimidad de una ley penal que llegue a establecer una punibilidad para los delitos culposos igual a la que corresponda a los dolosos, sin atender al mayor peso de desvalor que representan estos últimos frente a los primeros, como también habrá de sostenerse tal inconstitucionalidad, cuando el legislador sancione más severamente las conductas no graves que las que en la propia ley sí considera como tales.

##### III. Baremos compensatorios según las cuantías y las diversas agravantes de un delito

Para lograr, pues, los objetivos del estándar de proporcionalidad estricta, y evitar punitivos distintos para delitos de igual gravedad, y a la inversa, articular una punibilidad desigual para delitos de distinta gravedad, se siguió una estrategia simple: considerar que ciertos delitos, como los de índole patrimonial, por ejemplo, por un lado, de ordinario contemplan muchas circunstancias (modalidades) de distinta gravedad que es preciso diferenciar por grupos de gravedad similar, con punibilidades acordes a las mismas; y, por el otro, que aun con esa distinción, la punibilidad señalada a cada grupo puede resultar desproporcional, porque el monto de la afectación patrimonial puede variar en un mismo grupo, o en un grupo frente a otro.

a) En consecuencia, para remediar ese desequilibrio, era pertinente introducir, como mecanismos compensatorios, ajustes a la punibilidad de cada grupo según la cuantía de la afectación patrimonial, logrando así que dos fuerzas aparentemente contrapuestas se nivelaran entre sí, a efecto de estructurar marcos punibles más justos y equitativos desde el punto de vista del estándar de proporcionalidad estricta entre los delitos y las penas.

b) Tal modelo se adoptó para un considerable número de delitos en el proyecto del Código Penal que se somete a su consideración, en el cual es posible evaluar la gravedad de la punibilidad de los delitos, según los montos o entidades de lesiones jurídicas más o menos cuantificables, atemperada por la gravedad de la circunstancia calificativa con que se cometan. Así como se procede en el delito de lesiones calificadas por circunstancias agravantes, pero cuyo aumento punible por esa razón se atempera por la gravedad concreta de la lesión causada.

---

38 Idem., al respecto, entre otros ver a Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, op. cit., p. 402, y a Juan Carlos Carbonell, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 211.

c) El mismo esquema se siguió en prácticamente todos los delitos contra el patrimonio de las personas (robo en sus diversas modalidades agravantes, abuso de confianza y sus equiparados, fraude y sus equiparados, y daños en propiedad ajena simples y calificados en sus diversas modalidades). En los delitos cometidos por servidores públicos según su gravedad intrínseca, pero atemperada con el grado de afectación al erario público, según el monto o importancia de la afectación patrimonial. En los delitos contra las vías generales de comunicación, en los delitos contra del medio ambiente y en casi todos los delitos culposos que, por ser de resultados materiales, permiten determinar la mayor o menor entidad de esos resultados, o bien, la cuantificación de los diversos daños producidos, frente a modalidades de distinta gravedad que hayan concurrido.

#### IV. Extensión del principio de igualdad proporcionada a todos los delitos en particular

La tarea de guardar una igualdad proporcionada de las penas ante las distintas gravedades de los delitos conforme a la importancia de los bienes jurídicos afectados, las distintas gravedades de las afectaciones según la vulnerabilidad de las víctimas y las formas del ataque, es decir, si se trata de delitos de lesión, de peligro o de peligro potencial, en realidad se extendió a todos los delitos contemplados en el proyecto del nuevo Código Penal que se somete a consideración de este Congreso.

Más aún, cuando el Código Penal vigente desde 1999 ha tenido 244 reformas solo en su Parte Especial, cuando originalmente constaba de 264 artículos dedicados a los delitos en particular, por lo que en 16 años, entre modificaciones a los tipos penales y a sus penas, la inclusión de nuevos delitos y la derogación de otros, en su conjunto ha sido reformado poco más del 94%, el número de delitos con que contaba el actual Código Penal cuando se promulgó en 1999, y entre los que existen disparidades e inconsistencias penológicas, a veces derivadas de políticas coyunturales, o contrarias a las que ya existían en el Código Penal de 1999.

El mismo Código Penal de 1999 nació de por sí con defectos de origen, pues, por ejemplo, no diferenciaba –ni aún distingue– entre un robo con intimidación, de un robo en el que efectivamente se ejerce violencia contra la víctima, como tampoco selecciona si en el ejercicio de la violencia al robar se infirieron o no lesiones a la víctima, ni la gravedad específica de las mismas. En todos estos casos, el marco punible es exactamente igual, es decir, el correspondiente a un robo con violencia; lo cual, sin duda, ha arrojado en la práctica resultados punitivos desproporcionales, que solo se han logrado atemperar al individualizar las penas concretas según aquellas circunstancias.

## SEXTA PARTE

### LEGITIMIDAD FORMAL DE LA LEY PENAL

#### A. CERTEZA DE LA LEY PENAL

##### I. Premisas

La justificación constitucional de los tipos penales (conminaciones penales) no solo se determina por su legitimación material o interna, en función de proteger bienes jurídicos vinculados a derechos humanos y garantías, o derivados a su satisfacción, a través de disuadir con la amenaza de pena que sean lesionados o puestos en peligro de lesión, que se deriva del artículo 22 Constitucional, sino que también requiere de una justificación externa o formal que deriva del artículo 14 Constitucional.

Los cotos formales a la formulación legislativa de los tipos penales se distinguen –o deberían distinguirse– de los de otros sistemas normativos, porque les restan a aquéllos el carácter de sorpresa. Precisamente, a través de la exigencia de descripciones legales claras y precisas de las conductas punibles, creadas para su observancia y aplicación exacta. Esas pautas se conjugan en la garantía de legalidad penal del artículo 14 Constitucional.

##### II. El principio de certeza de la ley penal

1. En efecto, ese numeral impone al poder penal un cerco para su ejercicio, consistente en que (la) “... pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Axioma que en un enfoque doctrinal se desdobra en los principios de legalidad estricta y lata.<sup>39</sup>

El primero obedece al imperativo de hacer eficaz el derecho de las personas a saber lo que no pueden –o deben– hacer, mediante normas penales ciertas que sólo se fijen en la ley (principio de reserva legal): donde se especifique con claridad y precisión el ámbito de las conductas que se prohíben penalmente, así como por igual en esas normas legales dadas se ha de señalar qué penas y cómo se impondrán a las personas, si realizan las conductas prohibidas penalmente. Así la pauta doctrinal de legalidad estricta se

---

39 Cabe hacer notar que los tribunales federales en materia de amparo aluden indistintamente a la “garantía de legalidad en materia penal” o de “exacta aplicación de la ley penal”, cuando tratan los llamados principios doctrinales (europeos) de legalidad estricta y lata.

traduce en el principio de norma penal en ley cierta,<sup>40</sup> y se dirige al legislador, a quien la Constitución le prescribe la precisión y claridad fáctica en la descripción legal de los hechos punibles que consigne en los llamados tipos penales.

## B. EL CIERRE DE TIPOS PENALES ABIERTOS

1. En ese contexto, uno de los desafíos principales para el respeto al principio de “norma penal en ley cierta”, se halla en los llamados tipos penales “abiertos”. En efecto, aunque la expresión “tipo abierto” es de carácter convencional en la doctrina, su concepción más difundida radica en el supuesto legal que describe el hecho punible con expresiones difusas o ambiguas, de las que en la misma ley falta su noción, para así poder saber con certeza cuál es el aforo material de prohibición del mismo supuesto legal del hecho punible, o bien cuando el mismo tipo penal contiene una descripción tan vaga del hecho, que en realidad deja un amplio arbitrio al juez para que determine su contenido.

El imperativo de “certeza” en los contenidos de la ley penal aparece la necesidad de la taxatividad fáctica del mensaje normativo que se dirige a los ciudadanos, conminándolos con penas si realizan el hecho delimitado por la norma. El imperativo de certeza del tipo penal (principio de norma penal en ley cierta) requiere –para decirlo con palabras del Pleno de la SCJN–:

“...que el tipo esté redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, para lo que es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio, empleando, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo”.<sup>41</sup>

Y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación añade:

“En este sentido, una técnica legislativa acorde con las garantías penales debe lograr que los conceptos establecidos resulten tan claros como sea posible. Esta exigencia constitucional se traduce en la obligación del legislador de estipular significados, esto es, crear aquella definición que habrá de ser jurídicamente vinculante. Lo anterior implica que el concepto así creado será aquel que goce de relevancia jurídica para que la seguridad jurídica del gobernado se vea garantizada al serle posible comprender los conceptos legales sin acudir a diversos ordenamientos para conocer lo que le está vedado hacer”.<sup>42</sup>

2. Por ello, desde el punto de vista preventivo podría ser aconsejable incluir textos indeterminados en los tipos penales, pero ciertamente esa idea de política criminal conduce a fórmulas arbitrarias y ajenas a los límites que impone el estado de derecho.

Y ello es así, porque de acuerdo con la garantía de legalidad penal del artículo 14 Constitucional, las personas tienen el legítimo derecho a la seguridad jurídica y, por tanto, el Estado debe garantizarles que puedan saber qué conductas, descritas en la ley mediante supuestos punibles ciertos, serán las que sancionará con penas. Así pues, ya desde el enfoque doctrinal de estricta legalidad que concierne al legislador, los tipos penales podrán ser formalmente válidos si obedecieron a los procedimientos constitucionales para expedir la ley y, sin embargo, sustancialmente ilegítimos cuando desatiendan la garantía de certeza en su contenido material de redacción. La ley ha de señalar así delitos, precisando con claridad cada conducta y el ámbito material en que se realice, para que pueda ser punible.

3. Como corolario de lo que hasta aquí se ha dicho, es importante destacar que el principio de “norma penal en ley cierta” (respecto al legislador), ha sido reconocido por el Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis de jurisprudencia de rubros siguientes:

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR.”<sup>43</sup>

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.”<sup>44</sup>

---

40 Al principio de “norma penal en ley cierta” o de “ley penal cierta” (o de “certeza de la ley penal”), también se le conoce como de “máxima taxatividad”, sin embargo este último principio en realidad es un reflejo del principio de certeza de la ley penal, en cuanto se dirige más bien al juzgador –y no al legislador–, a efecto de que interprete las normas penales según su tenor literal, y solo si esa exégesis deriva en un absurdo, acuda a la interpretación contextual con otros preceptos que permita darle un significado racional a la norma de que se trate, y siempre y cuando el entendimiento que resulte sea conforme a la Constitución.

41 Sentencia del Pleno de la SCJN que resuelve la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, relativas al Decreto de reformas que despenalizan el aborto en el D.F. antes de la semana 12 de gestación, resuelta el 28 de agosto de 2008.

42 Idem.

43 Tesis de Jurisprudencia 10/2006, aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de primero de marzo de 2006. México, Distrito Federal.

44 Tesis P. IX/95, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. I, mayo de 1995, p. 82. Véase, tesis por contradicción 1a./J.46/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 217.

“TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL. SÓLO OBLIGA AL LEGISLADOR A UNA DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS PENALES Y NO A LA MAYOR PRECISIÓN IMAGINABLE.”<sup>45</sup>

4. No resulta ocioso precisar, que no constituirá violación al principio de taxatividad, cuando se empleen palabras técnicas en los tipos penales que se refieran a ciertos sectores de destinatarios especializados, pues, aunque la terminología puede resultar extraña a la mayoría, de todos modos, tiene un significado preciso en el área técnica de que se trata y para el sector especializado de destinatarios a los que principalmente se dirige.

Tal como puede verse en los “delitos contra la ecología y el medio ambiente”, pues aun cuando en ellos se hizo una depuración completa de los respectivos tipos penales por su excesiva amplitud, que permitía la punición de cualquier tipo de contaminación o afectación al medio ambiente o a un sistema ecológico, sin importar su grado o extensión, es decir, aunque fuera insignificante (con violación del principio de proporcionalidad), aun así, se optó por conservar la remisión a la terminología técnica de la materia, que justamente por su especialización, su significado es preciso y claro para quienes se dirigen los tipos penales. Así lo sostiene también la tesis de jurisprudencia de rubro siguiente:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.<sup>46</sup>

### C. SUPRESIÓN DE VOCES ABIERTAS E INCLUSIÓN DE PAUTAS ACLARATORIAS

1. Todo lo anterior viene a cuentas, porque desde la expedición del Código Penal en 1999 hasta la actualidad, el código contiene una buena dosis de expresiones de índole cultural o normativa, cuyo aforo material es ambiguo o impreciso, que le permiten al juez –y no ya al legislador– colmarlas según su personal concepción de esos elementos abiertos. Las expresiones “obsceno”, “pornográfico”, “degenerado”, “medio social”, “ganado mayor”, “brutal ferocidad”, “crueldad”, “extrema violencia”, “grave”, “indebidamente” o “injustificadamente”, son muestras de locuciones ambiguas, imprecisas o vagas, que impiden saber con certeza ¿en qué consisten las conductas que hacen alusión a ellas en los tipos penales?

2. Las soluciones para solventar esas palabras indeterminadas que vuelven inciertos a los tipos penales, fueron básicamente dos: a) suprimir o sustituir el vocablo impreciso con elementos materiales o descriptivos que eviten la incertidumbre que aquéllos generan. O bien, b) subsanar esas expresiones inciertas, con “pautas aclaratorias” que proporcionen un concepto claro del significado de dichas voces imprecisas. Y justamente así fue como se procedió, al suprimir más de 85 elementos normativos ambiguos de sus correspondientes tipos penales, en especial, “indebidamente” e “injustificadamente” contenidas en 42 de ellos, introduciendo en su lugar expresiones materiales o descriptivas –susceptibles de probarse– a efecto de cerrar el significado del ámbito de prohibición de dichos tipos penales.

3. Por otro lado, también se acudió al recurso de las “pautas aclaratorias” para dilucidar el alcance de ciertos elementos culturales, precisando, por ejemplo, qué se entiende por “brutal ferocidad” (cuando el agente comete el homicidio sin motivo aparente, o por un motivo claramente desproporcionado a la lesividad de su acción), o por “saña” (cuando el agente aumente deliberadamente el dolor o sufrimiento de la víctima, o a propósito deje que se prolongue el dolor que padezca, en virtud de heridas que antes le infirió).

Asimismo, determinando que “se considerará que hay estado de ebriedad, cuando la tasa de alcoholemia del sujeto activo sea superior a 0, 25 miligramos por litro de aire espirado, o de 0.5 gramos por litro de sangre”. O enumerando a las personas que se consideran como “familiares”. Y puntualizando que “se entenderá que la imagen, video o película es «pornográfica» cuando represente uno o más actos sexuales, reales o simulados, en los que se exponga desnudo el pene erecto y/o los labios mayores genitales abiertos, y/o el ano”.

En suma, solo tomando en cuenta los delitos con “pautas aclaratorias” expresas –en tanto un número considerable de tipos penales del código penal actual contiene vocablos ambiguos, en los que en la Iniciativa del Código Penal se aclaró su significado, pero que no se mencionaron como “pautas aclaratorias”, por ejemplo “brutal ferocidad”–, en el Anexo N° 4 se muestra la lista de delitos con pautas aclaratorias.

### D. PROHIBICIÓN DE IMPONER PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN

1. El postulado del párrafo tercero del artículo 14 C. reza de la manera siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, «por simple analogía y aun por mayoría de razón», pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

<sup>45</sup> Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2016 (10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, mayo de 2016, Tomo II, p. 802, Registro 2011693.

<sup>46</sup> Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 54/2014 (10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, p. 131, Registro 2006867.



Esa prohibición de imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón (prevista también en el Código Penal que se propone), se dirige al juzgador, limitándolo en dos aspectos. La garantía impide al juez que imponga una pena parecida o más grave a la que contemple la ley para el delito. Y también prohíbe al juzgador que imponga pena por un hecho, si su descripción en la ley penal no le es aplicable exactamente como delito. El delito que prevea la ley a partir del tipo penal debe ser, pues, exactamente aplicable al hecho por el que el juez imponga pena.

2. Ahora bien, analogía y mayoría de razón significan trasladar una regla jurídica a otro caso que no regula la ley, con el argumento de la semejanza o del mayor peso de un argumento frente a otro. Si se tiene un gato crema, su tenencia no puede ser punible porque la ley sancione tener gatos blancos y éstos sean similares a los gatos crema. Lo contrario sería punir por analogía. O si se pune tener gatos, la tenencia de un león no puede ser punible porque los leones sean más peligrosos que los gatos. Lo inverso sería punir por mayoría de razón.

#### D. PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD PENAL Y DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. Las reflexiones anteriores conducen a preguntar: ¿si se permite la interpretación de la ley penal? Y, en su caso: ¿cuáles son los límites a la exégesis de la ley penal, cuando su aplicación deviene en que se impongan penas? Porque está claro que se prohíbe imponer penas por analogía o por mayoría de razón, a los casos que no se contemplen exactamente como delito en ley penal. Mas el hecho de que en la Constitución se prohíba la analogía y la mayoría de razón al imponer penas, que han de ser exactamente aplicables al delito de que trata, ya plantea la posibilidad de interpretar la ley penal.

Por lo que si hemos de aceptar el fin y letra de la Constitución, en el sentido de que la ley penal debe ser exactamente aplicable al delito que ha de punirse; y sobretodo, que la exigencia de exacta aplicación de la ley penal al delito de que se trata, se contempla en el artículo 14 Constitucional como garantía y, por tanto, como límite al poder estatal de punir: hemos de admitir que el lenguaje escrito es el único medio que el legislador puede emplear para dar a conocer su voluntad en la ley penal, respecto a los mandatos y prohibiciones cuya violación sanciona con pena. De lo cual se derivan dos consecuencias cardinales:

La primera: Si conforme a la Constitución todo delito y pena deben estar previstos en una ley que –como tal– es norma escrita, como base primigenia – de índole política criminal, histórica y constitucional– de seguridad jurídica, para que las personas puedan conocer con certeza qué conductas se les prohíben penalmente: luego, la interpretación literal será pauta insoslayable para establecer el significado de la ley penal.

La segunda: La interpretación literal será inadmisibile cuando conlleve un disparate. O bien, cuando la sinrazón se desprenda ya no del significado literal de la norma, sino de su insuficiencia o aparente oposición normativa: misma que pueda solventarse si se le relaciona –en un contexto sistemático– con preceptos que se vinculen con aquella. O bien, la exégesis parezca oponerse a derechos fundamentales si es que –conforme al principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución– puede atenderse a otro significado que la respete, sin alterar el texto legal. En tal sentido cabe citar la tesis de jurisprudencia 176/2010 de rubro siguiente: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.<sup>47</sup>

2. Por ello es desacertado pretender abarcar el mayor número de casos posibles con base en los fines preventivos de los tipos penales, de protección de bienes jurídicos: para así sostener que el tipo penal comprendería todas aquellas conductas que los afecten, aun cuando sus circunstancias no sean iguales, sino solo se asemejen o incluso sean más graves que las previstas en el tipo penal. Con ese proceder en realidad se aplicará la ley penal por analogía o mayoría de razón para punir, que son métodos prohibidos por el artículo 14 C. para tal efecto.

Por el contrario, en aquellos eventos debe operar el “principio de taxatividad”. Pues no todas las conductas lesivas se recogen por los tipos penales, sino sólo aquellas que se ajusten con exactitud al tenor del tipo y, en su caso, a la exégesis contextual garantista del mismo, de ahí que se hayan adoptado como vinculantes esos métodos de interpretación de la ley penal en el artículo 2 del Código Penal que se somete a su consideración, complementándolos con el control difuso de constitucionalidad que deriva de los artículos 1º, párrafos segundo y tercero, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reservado a los casos en que no sea posible una interpretación literal o contextual que sea racional y conforme a la Constitución.

#### SÉPTIMA PARTE

#### MENCIÓN ESPECIAL A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y CONTRA EL EJERCICIO HONESTO DEL SERVICIO PÚBLICO

##### A. DELITOS CONTRA SEGURIDAD PÚBLICA

La inseguridad pública y la corrupción en el servicio público han sido durante muchos años y aún son preocupaciones de primer orden entre las y los mexicanos y coahuilenses. Son dos temas centrales y primordiales que han ocupado la agenda y los programas

47 Tesis de jurisprudencia 2a./J. 176/2010, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 646, Registro 163300.

de política pública de los gobiernos federal y del Estado desde que se inició en esta administración. Las medidas que se han tomado en aquellas esferas son múltiples y trascendentes.

#### I. La seguridad pública en estricto sentido (artículo 21 Constitucional)

1. En el ámbito de la seguridad pública en estricto sentido, se ha implementado desde la depuración, selección y capacitación de los cuerpos de policía, los incrementos a sus sueldos, la dotación de armamento y de equipos técnicos adecuados, la instalación de centros de inteligencia estratégica, la formación de cuerpos policíacos de operaciones especiales, la coordinación con las instancias competentes del gobierno federal y de los municipios que la han aceptado, la formación de bases de datos criminológicos, la implementación de sistemas de reacción rápida y de operativos permanentes o específicos, todo ello para disminuir la incidencia de delitos y proveer de seguridad a los y las coahuilenses.

2. Sin embargo, la seguridad pública como derecho fundamental contemplado en el artículo 21 Constitucional, no solo se constriñe a la prevención de delitos, porque tal como la concibe el párrafo octavo de tal disposición constitucional, la misma es:

“...una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

#### II. La reforma al sistema de justicia penal y justicia cotidiana

De aquí que también venga a colación que en 2008 se instituyó en la Constitución el nuevo proceso penal acusatorio, que ocho años después inició su plena vigencia en todo el territorio nacional a partir del 1° de junio de este año, período dentro del que se expidieron el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Ejecución Penal, todo lo cual ha implicado una transformación profunda y completa de las instituciones encargadas de la investigación de delitos y de su persecución (procuración de justicia), al igual que de la impartición de la justicia penal, que ahora alcanza a la ejecución de las penas.

A todo ello se suman las reformas en puerta de la llamada “justicia cotidiana”, que comprende las demás materias de impartición de justicia no penal, como la civil, la familiar, la mercantil, la laboral y la administrativa. Ante el referido panorama nos encontramos con que el Código Penal vigente contempla la protección de esos bienes jurídicos de raigambre constitucional de manera asistemática, en capítulos dispersos y relativamente escasa.

3. El número actual de delitos contra la seguridad pública en sentido estricto, de aquellos contra la investigación de delitos y contra la procuración de justicia, de delitos contra la impartición de la justicia penal y ejecución de penas, y contra la impartición de justicia no penal en materia familiar, civil, mercantil, laboral y administrativa, asciende a un total de 57 tipos penales, sin embargo, con la revisión a fondo de esos rubros y con el fin de brindar una protección integral, sistemática y completa a dichos bienes jurídicos colectivos que son de suma importancia para la sociedad, ahora se somete a su consideración un total de 126 tipos penales, lo cual significa un aumento de más de 100% en la protección penal de los citados bienes jurídicos, cuya lista se muestra en el Anexo 5 de esta Exposición de Motivos.

#### B. DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD EN EL SERVICIO PÚBLICO

1. Otra tarea que ha ocupado la agenda como política pública primordial, para el gobierno federal y para el coahuilense, ha sido la de establecer mecanismos que eviten, o al menos reduzcan la corrupción en el servicio público, mediante la rendición de cuentas, la publicidad de sueldos, salarios y remuneraciones, la publicación de los estados financieros de las cuentas públicas; la supervisión y fiscalización de la Auditoría Superior como organismo autónomo a todos los poderes del Estado y de los municipios, así como de sus empresas públicas desconcentradas o de participación estatal o municipal, o las de los mismos organismos autónomos y de instituciones educativas de la misma índole; así como también establecer la obligatoriedad de acatar las resoluciones de transparencia del Instituto competente, así como las recomendaciones de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, asimismo como órganos autónomos.

2. Pero eso no ha sido suficiente, porque ahora con la nueva Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, se establecen nuevas infracciones graves por parte de los servidores públicos, que también proponemos se tipifiquen como delitos contra la honestidad en el manejo o ejercicio de recursos públicos.

Un buen número de delitos de servidores públicos ya se encuentra previsto en el Código Penal vigente, pero ubicados desordenadamente y con una redacción ambigua y abierta que atenta contra la certeza de la ley penal, que deriva del artículo 14 Constitucional, a los que hay que sumar otros ya existentes, cuya redacción es clara y precisa, por lo que se procedió a corregir y ordenar a todos de manera sistemática para ayudar a su mejor comprensión y aplicación en los casos concretos. Los tipos penales que hubo que incluir, algunos con los mismos elementos de los actuales en el Código Penal aún vigente, con aquellos otros de

nuevo cuño, para que la pena sea susceptible de aplicarse exactamente al delito de que se trata, tal como lo dispone el artículo 14 Constitucional, se muestran el Anexo N° 6 de esta Exposición de Motivos.

#### OCTAVA PARTE

##### RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES

1. En los delitos en que intervienen personas morales a través de sus fundadores, de uno más miembros de su consejo de administración, de sus administradores únicos, de sus representantes o apoderados de las personas morales, sucede lo mismo que la suspensión de derechos, pues aunque se encuentra prevista genéricamente la responsabilidad de las personas morales y sus consecuencias jurídicas cuando un delito se comete a nombre y en beneficio de una persona moral, de todos modos, el catálogo de delitos y las consecuencias jurídicas asignadas específicamente para el delito de que se trate, son inexistentes en el actual código penal, por lo que tampoco el código actual precisa la posible duración de esas consecuencias jurídicas, ni los criterios legales para individualizarlas.

2. En la iniciativa que se somete a su consideración, se propone subsanar todas esas lagunas, y que la responsabilidad de personas morales y sus consecuencias jurídicas operen en 35 delitos, respecto a las que se regula su duración y extensión, así como las pautas legales para individualizarlas, modificarlas o sustituirlas.

Los delitos en los que se plantea la responsabilidad de personas morales, se muestran en el Anexo N° 7 de esta Exposición de Motivos, así como en los artículos 67, 68, 69, 75, 78 y 148 de la Iniciativa del Código Penal que se somete a su consideración.

#### NOVENA PARTE

##### ESTRUCTURA DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

Salvo el delimitar la estructura de la Parte Especial, relativa a los delitos en particular del nuevo Código Penal que se propone, no cabe ir más allá en la motivación de la Parte Especial y del contenido sistemático de los tipos penales delictivos que la componen, en tanto que tal estudio metódico y particularizado corresponde más bien a los investigadores y estudiosos en la Academia de los delitos en particular.

Hacer un estudio de aquel calado en esta exposición de motivos, aun cuando no fuese a profundidad, llevaría por lo menos cientos de páginas, cuando cabe estimar que no es tarea de ella explicitar el significado de cada delito y sus alcances, interrelaciones e implicaciones, sino más bien, el trabajo que correspondía hacer y se hizo, fue el de destacar los principios, fines y razones constitucionales que se tomaron en cuenta para elaborar y ordenar todos los tipos penales del proyecto del nuevo Código Penal que se propone, de tal modo que se correspondieran con los principios de proporcionalidad y de legalidad en materia penal en sus diversas vertientes, mismos que son los que, desde la Constitución, justifican y limitan su creación legislativa.

La estructura del Libro Segundo, Parte Especial, Delitos en Particular, del nuevo Código Penal que se propone, se muestra en el Anexo N° 8 de esta Exposición de Motivos.

#### APARTADO SEGUNDO

##### PRIMERA PARTE

##### PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

1. La Parte General de los códigos penales, desarrolla principios y reglas aplicables a su Parte Especial. Ésta contiene supuestos de conductas específicas de delitos en particular que afectan bienes jurídicos (tipos penales). Mientras que la Parte General se compone de reglas de aplicación de la ley, y de entendimiento e imputación del delito y de la pena, que tan se adaptan como limitan a los supuestos de hechos punibles previstos en un código penal y en otras leyes, salvo que éstas establezcan reglas específicas de imputación. De aquí que con ambas partes se labore para configurar los ámbitos de aplicación de la ley penal, del delito y de la pena.

2. Donde la Parte General juega un papel fundamental: pues para que cualquier conducta prevista en un tipo penal pueda estimarse jurídicamente delito, y ser punible, es preciso que se ajuste a los presupuestos y elementos que para tal efecto se establecen o deducen de dicha Parte General, concordando su entendimiento con derechos fundamentales.

3. Así pues, primero cabe delinear las normas relativas a la aplicación territorial, temporal y personal de la ley penal, y los principios que regulan la exacta aplicación de la ley penal tratándose del llamado “concurso aparente” de normas penales, que, a la vez, también permiten hacer efectivo el principio non bis in idem (no sancionar dos veces por el mismo delito), mismos que derivan de los artículos 14 y 23 Constitucionales.

## ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

## A. ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

1. Para determinar dónde se comete un delito –lo cual tiene interés para fijar la competencia de los jueces y tribunales del Estado–, los artículos 14 y 15 del proyecto del Código Penal –que se somete a su consideración–, se decantan por los principios de territorialidad y de ubicuidad. El artículo 14 acoge al “principio de territorialidad”, en tanto dispone:

“Este código se aplicará a los delitos que regula, que se cometan en el Estado de Coahuila de Zaragoza.

Este código también se aplicará a los delitos que se cometan en otra entidad federativa o en la Ciudad de México, siempre y cuando se trate de delitos permanentes o continuados que se sigan cometiendo dentro del Estado, o cuya comisión se inició dentro del mismo”.

Mientras que el artículo 15 del proyecto, para determinar el lugar o lugares en los que se comete un delito, adopta el “principio de ubicuidad”, en cuanto establece:

“El delito instantáneo se comete donde se concreten los elementos de su tipo penal, aunque sea en lugares distintos.”

“El delito continuado se comete donde se concreten los elementos típicos de las conductas que lo constituyan, aunque sea en lugares distintos.”

“El delito permanente se comete donde se realicen y sigan realizando la conducta y/o la afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, aunque sea en lugares distintos.”

2. Como podrá advertirse, en la regulación del ámbito espacial de aplicación de la ley penal, hay dos distinciones importantes en relación con el Código Penal actual.

a) A diferencia del Código Penal vigente, el llamado “principio de extraterritorialidad” para determinar la aplicación de la ley penal, queda excluido en el Código Penal que se propone, en tanto que el delito que se cometa fuera del Estado, pero que produzca sus efectos dentro del mismo, deja de ser un criterio para determinar la aplicación del Código Penal. Y al respecto, hay dos razones para tal exclusión.

La primera consiste en que el Código Nacional de Procedimientos Penales ya no considera al principio de extraterritorialidad para fijar la competencia concurrente entre jueces o tribunales de las entidades federativas, sino solo para fijar la competencia de los jueces y tribunales federales, cuando el delito se cometa fuera del país y produzca sus efectos dentro del mismo.

Y la segunda radica en que la expresión “produzca sus efectos dentro del Estado” no deja ser imprecisa y, por ello, atenta contra la garantía de certeza de la ley penal (que se deriva del artículo 14 Constitucional), dado que tal locución no especifica “a qué clase de efectos se refiere”, a pesar de que los mismos pueden ser de muy diversa naturaleza. Por ejemplo, ¿sería efecto dentro de México, si al propietario de un camión de carga le da un fuerte dolor de cabeza al enterarse que su vehículo fue robado en Estados Unidos? Porque si el propietario del vehículo robado, se halla dentro de México o tiene su domicilio en el mismo, ciertamente ellos no son “efectos” del delito cometido, sino meras “circunstancias de lugar” que no deben ser confundidas con aquellos “efectos”.

b) La segunda diferencia del proyecto de Código Penal que se somete a su consideración, respecto al Código Penal actual, reside en la mayor amplitud que se otorga en el proyecto al llamado “principio de ubicuidad” para resolver el lugar o lugares en los que se estima cometido un delito.

Porque si bien es cierto que el Código Penal actual prevé aquel principio de ubicuidad, también lo es, que sus alcances son más reducidos que los que les concede el proyecto que se somete a su consideración. El Código Penal vigente solo se refiere al lugar en el que se realiza la conducta y, en su caso, donde se produce o pudo producir el resultado, como dos lugares que definen donde se comete el delito. Mientras que el artículo 15 de la Iniciativa del Código Penal, alude “...en donde se concreten los elementos del tipo penal...” de que se trate, si es un delito instantáneo, o si es un delito continuado, éste “...se comete donde se concreten los elementos típicos de las conductas que lo constituyan...”. Y dichos lugares bien pueden ser más de dos, es decir, no solo donde se realicen la conducta y el resultado típicos, según la fórmula aún vigente.

Por ejemplo, si un individuo se hace pasar como comerciante sin serlo, y desde la ciudad de Chihuahua se comunica por teléfono con el gerente de ventas de una compañía que se halla en Saltillo, a quien había conocido en una convención de negocios, y a sabiendas que no tiene dinero para pagar, ni espera tenerlo en algún plazo previsible y menos pagar si lo tuviera, convence al gerente que le envíe a la Ciudad de México mercancía con un valor de dos millones de pesos, asegurándole que tan pronto la reciba en la Ciudad de México, hará una transferencia bancaria por aquel importe a favor de la empresa en Saltillo.

De acuerdo con la fórmula del actual Código Penal, el delito de fraude se habría cometido tanto en la ciudad de Chihuahua, por ser desde donde se realizó el engaño, como en la Ciudad de México, que fue donde se entregó la mercancía (como consecuencia del engaño). Sin embargo, con la fórmula que se propone, el fraude también se habrá cometido en Saltillo, porque fue en esta ciudad donde se encontraba quien fue “objeto” del engaño, mismo que es un elemento típico del fraude que también se concretó, distinto a la conducta (engaño) y al resultado (obtención de la cosa).

## B. ÁMBITOS TEMPORALES DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

### I. Irretroactividad perjudicial de la ley penal y su retroactividad favorable

1. La solución a los problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo, en especial cuando se produce una sucesión temporal de normas penales, tiene su fuente en el párrafo primero del artículo 14 Constitucional, en tanto dispone: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Garantía que también opera en sentido contrario: La ley penal debe aplicarse de manera retroactiva en favor de la persona imputada o sentenciada, en la medida que ello no perjudique el derecho de otra persona.

Por lo que cuando haya sucesión temporal de normas penales prevalecerá un principio rector, cual es “aplicar la ley o norma penal más favorable” a la persona imputada o sentenciada, de las normas en sucesión, mismo que se recoge en los demás artículos que regulan la aplicación de la ley penal en el tiempo en el nuevo Código Penal que se somete a su consideración.

2. De lo expuesto se sigue que el principio de aplicar la ley penal más favorable al sentenciado, dará pie a que se beneficie a la persona imputada o sentenciada cuando haya sucesión de normas: bien porque en la ley se derogue el delito que se le imputa o por el que se le condenó, al igual que si se modifica el supuesto que le prevea, derogando alguna modalidad imputada o bien originando un delito sustancialmente diferente. Lo mismo que cuando respecto al delito cambie la clase de pena o se atenúe su entidad.

### II. Lapsos para aplicar las normas sustantivas penales

1. La regla general de que será aplicable la ley vigente cuando se realizó la conducta punible (Principio de *tempus legis regit actum*), que se propone en el artículo 16 del proyecto, es útil para enfatizar que, para imputar consecuencias penales a una conducta, será menester que cuando aquella se realice, esté en vigor una ley penal que la contemple como delito. De ahí que el punto de inicio del lapso temporal durante el cual el delito y sus consecuencias pueden imputársele al individuo, será a partir de cuando realizó la conducta punible prevista como tal en la ley penal vigente en ese tiempo. Lapso que concluye hasta que se extinga la acción penal o las sanciones penales respecto a ese delito.

2. Sólo dentro de esos intervalos es posible plantear los problemas de aplicación de la ley penal que surjan con motivo de sucesión temporal de sus normas penales. Antes del inicio de esos lapsos, esto es, previamente a una ley penal que llegue a contemplar la conducta como punible, será absurdo pensar en aplicar una ley penal que aún no existía cuando aquélla se llevó a cabo. Después de que concluyen tales lapsos, es decir, luego de que se extinga la acción penal, o bien después de que se extingan las sanciones penales, será asimismo ocioso plantear la aplicación de una ley o norma penal nueva que, por ejemplo, habría beneficiado al individuo. Sencillamente, porque conforme a la misma ley penal, ya se extinguieron las consecuencias jurídicas del delito.

3. Ahora bien, cabe destacar que para delimitar a partir de cuándo se inician los lapsos dentro de los cuales se puede presentar una sucesión de normas, sólo será relevante “el tiempo de la realización de la acción u omisión punibles”, según se dispone en el artículo 16 de la Iniciativa del nuevo Código Penal que se somete a su consideración, sin que para tal efecto interese cuando se produzca el resultado.

Y ello es como se indica, porque pensar que para aplicar la ley penal sería bastante con que ella estuviese vigente cuando ocurrió el resultado típico-penal, llevaría al absurdo de imputar delitos a conductas realizadas antes de la vigencia de la ley que las prevea, sin que sus destinatarios hubiesen podido motivarse conforme a la norma. Lo que no sería más que punir por el resultado. El atender a la conducta como punto de partida para resolver la sucesión temporal de leyes penales es válido en cualquier clase de delito. Pues en los delitos permanentes y continuados la solución es la misma.

Con la característica de que en el delito permanente hay un período de consumación, durante el cual la conducta lesiva se prolonga hasta que cesa su afectación al bien, y en el continuado hay varias conductas que se unifican por la identidad del fin, ofendido y precepto violado. Por ende, es posible que la conducta de un delito permanente se inicie antes de la vigencia de la norma penal que lo prevea, o en el continuado suceda lo mismo respecto algunas de las conductas que lo conformen, sin que la nueva ley pueda alcanzarlas: sino sólo respecto de la conducta lesiva que aún perdure (en lo que toca al permanente) o en cuanto aquellas que vuelvan a repetirse (en lo que atañe al continuado) durante la vigencia de la ley o norma penal nueva.

Todo ello impacta algunos casos de aplicación de una norma penal nueva que contemple un delito permanente o continuado, donde las conductas que los constituyan se hayan venido realizando desde antes de la vigencia de la nueva ley, pero sigan efectuándose (delito permanente) o vuelvan a repetirse (delito continuado) durante la vigencia de la ley o norma nueva, como puede apreciarse, respecto al delito permanente, en las tesis de rubros siguientes:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCUPLADO O SENTENCIADO. NO SE INFRINGE ESTE PRINCIPIO CUANDO SE ESTIMA CONFIGURADO EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y NO EL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA, A PESAR DE EXISTIR EVIDENCIA DE LA PERTENENCIA DEL ACUSADO A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY FEDERAL QUE LO PREVÉ, POR TRATARSE DE UN DELITO CONTINUO QUE SE PROLONGÓ HASTA LA VIGENCIA DE ESTA ÚLTIMA.<sup>48</sup>

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. EL PLAZO PARA QUE OPERE SU PRESCRIPCIÓN INICIA HASTA QUE APARECE LA VÍCTIMA O SE ESTABLECE SU DESTINO.<sup>49</sup>

### III. Validez general de la regla de “aplicar la ley o norma más favorable”

La regla de aplicar retroactivamente una nueva ley o norma penal en favor del sentenciado o sentenciado, o en su caso aplicar la ley o norma anterior, vigente cuando se cometió el delito, si ella es más benéfica, es válida cualquiera que sea la ley o norma penal nueva: la que puede referirse a cualquier norma de las Partes General o Especial del código penal o de las normas penales contenidas en otras leyes. La única limitación es que la aplicación retroactiva de la norma en favor de la persona imputada o sentenciada, no perjudique el derecho de otra persona. (Artículo 14, párrafo primero, de la Constitución). Por ejemplo, la condena firme a la reparación del daño hecha a favor del ofendido quien ya ha recibido el importe de la reparación, no podrá modificarse en su perjuicio, en virtud de una ley nueva que obligue al sentenciado a pagar menos.

### IV. Supresión o modificación del tipo penal

1. Cabe precisar (de manera enunciativa), que en relación con la derogación o modificación del tipo penal (con independencia de que ocurra antes de dictar sentencia o durante el cumplimiento de la sanción o mientras no prescriba la impuesta o en su caso, la acción penal) pueden analizarse las situaciones siguientes: Si la nueva ley penal deroga al tipo penal, ella se aplica retroactivamente, en cuyo caso se ordenará la absoluta libertad de los procesados o sentenciados. Y con ello, cesan todos los efectos que los procesos o las sentencias debieran producir, excepto la reparación del daño que ya haya sido satisfecha.

Sin embargo, también puede ocurrir que a un tipo penal básico se le modifiquen sus elementos esenciales: caso en el que la nueva norma en realidad conformará un tipo nuevo, que derogará de manera implícita el anterior. Ello da pie a que carezca de apoyo continuar la pretensión de la acción o de la sanción penal con base en el tipo penal derogado. Pues de lo contrario, el nuevo tipo penal se aplicaría retroactivamente en perjuicio del sentenciado.

2. Cuando la modificación sólo afecte algún elemento del tipo formulado de manera alterna, deberá diferenciarse:

a) Si se suprime un elemento alterno en la nueva norma y el delito aparece cometido con la circunstancia alterna derogada, tal modificación implicará en realidad la derogación de uno de los supuestos de la norma típica anterior, al desaparecer un elemento del tipo penal esencial para la punibilidad de la conducta cometida con esa modalidad. Por lo que carecería de fundamento continuar la pretensión penal, o imponer o ejecutar la pena con base en la modalidad derogada del tipo, que era la única aplicable al hecho sentenciado.

b) Asimismo, si la ley ulterior añade un elemento alterno, no opera la retroactividad de la nueva ley para las conductas que antes se hayan realizado con el nuevo elemento.

c) Por último, si se suprime una modalidad agravante o se añade un atenuante del tipo, operará la retroactividad de la “nueva” norma respecto de modalidad derogada o bien para atender a la nueva modalidad atenuante, si el hecho se realizó con esa circunstancia.

### V. Modificación de penas y la pauta de aplicar las más favorables

1. Los artículos 19 y 20 del proyecto regulan la sucesión temporal de sanciones penales, según la norma penal nueva inicie su vigencia antes o después de dictar sentencia. Si la sucesión de normas por las que se modifica la pena en cantidad o en su naturaleza, ocurre antes de dictar sentencia, la autoridad jurisdiccional que esté conociendo será a la que le compete aplicar la norma más favorable. Aunque en lo que atañe a penas de la misma naturaleza, determinables entre mínimos y máximos, como sucede con la pena de prisión, es posible que ocurra la modificación de esas penas con extremos divergentes, lo que plantea el problema de establecer, ¿cuál es la sanción más favorable?

En efecto, no presenta complicación saber cuál es la norma penal más favorable, cuando se modifican en un solo sentido los mínimos y los máximos punibles. Mas ¿cómo proceder, cuando sólo se reduzca el mínimo o el máximo punibles, pero sus

48 Tesis aislada II.2o.P.146 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2400.

49 Tesis de jurisprudencia P./J. 87/2004, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 112.

contrarios permanezcan más severos? La doctrina<sup>50</sup> y la jurisprudencia<sup>51</sup> sostienen que el juez carece de facultades para dividir las sanciones y tomar los extremos más favorables de ambas normas: pues integraría una norma nueva y tal atribución compete al legislativo. Ello es correcto, salvo que sea el mismo legislador quien resuelva ese proceder en la ley. Como sucede en el artículo 19 del proyecto, en el que se dispone:

“Si conforme a los marcos punibles de sanciones de igual naturaleza, contemplados en todas las normas en sucesión, no es posible determinar cuál es el más favorable, el juez o tribunal se estará como marco punible, al mínimo punible menor con el máximo punible menor, de todas las normas en sucesión.”

2. Cuando la modificación de penas de igual naturaleza ocurre luego de sentencia ejecutoria, la solución es la misma, pero con la precisión de que una vez establecido el marco punible, “el juez reducirá la pena a la persona sentenciada con base en el grado del injusto culpable que se le fijó en la sentencia cuya pena se modifica”.

Y es que cuando se trata de penas ya impuestas, el problema ya no es de proporcionalidad de la gravedad de la sanción con la gravedad del delito consideradas en abstracto; sino la cuestión es de congruencia entre la pena de prisión y la gravedad del injusto culpable concretamente realizado. Por ello es necesaria una fórmula que ordene tener en cuenta los extremos más benignos de las normas en sucesión y, enseguida, que mande atender al grado del injusto culpable fijado en la sentencia, para determinar la pena nueva.

3. Toca examinar cuando cambia la naturaleza de la pena antes o después de sentencia ejecutoria. En tales casos, se estima correcto que los artículos 19 y 20 dejen a elección del sentenciado cuál de las penas estima más favorable, si la ya impuesta o la nueva de índole diversa. Por ejemplo, a primera impresión la pena de multa sería más favorable que la pena de prisión. Empero, la duración de la pena de prisión puede ser relativamente menor, y el pago de la multa puede ser inalcanzable o excesivamente oneroso para el sentenciado según sus posibilidades y condiciones personales, de tal suerte que la ejecución de la misma sería excesiva al afectar el mínimo vital de aquél.

Así, tratándose del cambio de la clase de penas en virtud de sucesión de normas, el sentenciado podría preferir la pena de prisión –y la cual pueda ser convertida en virtud de algún sustitutivo penal–, en vez de pagar la multa a costa de sus ahorros y los de su familia, mismos que en su particular situación pueden devenir vitales para su subsistencia.

Por lo demás, se deja la facultad al juez de aplicar la sanción que sea más favorable, en vez de a la autoridad ejecutora (como antes sucedía), porque en realidad se trata de imponer una sanción nueva, donde habrá de tomarse en cuenta el tiempo que el sentenciado haya cumplido en prisión. Y dicha facultad compete constitucionalmente a los jueces (artículo 21 Constitucional).

## C. SUCESIÓN DE NORMAS PROCESALES, DE ÍNDOLE MATERIAL PENAL

### I. Distinción entre normas penales y normas procesales penales

1. Primero es necesario precisar bases mínimas que sirvan de hilo conductor para comprender mejor cómo y en qué lapsos de tiempo puede operar la aplicación de la norma más favorable, de las que se den en sucesión temporal, cuando se trata de normas penales y procesales penales.

Una creencia difundida radica en que la naturaleza penal o procesal de una norma depende de su ubicación formal en los códigos sustantivos o adjetivos. Según esta opinión, serían normas procesales aquellas contenidas en los respectivos códigos que regulan los presupuestos procesales, las fases del procedimiento, las audiencias, las medidas cautelares, los términos, los actos de prueba, los incidentes, las resoluciones judiciales, los recursos, etc. Mientras que las normas penales se comprenderían en los códigos penales que regulan los delitos y las penas y las causas que los excluyen.

Empero, la diferencia entre normas penales y normas procesales penales no se fija por la naturaleza formal sustantiva o adjetiva de las normas. El aspecto toral que caracteriza la índole penal de una norma procesal es su contenido material, en cuanto aquella se vincule con el delito que motiva el proceso o involucre medidas que afecten la libertad personal o haga que éstas cesen, se incrementen o atenuen. Por lo que ciertas normas de los códigos procesales penales, si bien son formalmente procesales en cuanto regulan el procedimiento, ellas son de índole material penal, en tanto su aplicación implica atender a un delito y/o imponer medidas cautelares que afecten la libertad del sentenciado, o bien porque modifiquen, reduzcan o pongan fin a dichas medidas cautelares.

---

<sup>50</sup> Véase a Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea, Tipográfica Editora Argentina, 8° reimpression, Buenos Aires, 1978, p. 194.

<sup>51</sup> Al respecto es ilustrativa la tesis de rubro siguiente: *INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CUANDO EXISTA CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO ENTRE NORMAS SANCIONADORAS QUE PRESCRIBEN LA APLICACIÓN DE MÁS DE UNA PENA, EL JUZGADOR NO PUEDE SECCIONARLAS*. Tesis de jurisprudencia 1a./J. 105/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 129, Registro No. 177281.

2. Ahora bien, sentada la precisión del párrafo anterior: el principio de aplicar la norma más favorable es tan válido para las normas penales como para las procesales: ya sean éstas últimas meramente procesales, o bien formalmente procesales, pero de índole material penal. Y, asimismo, en las tres clases de normas rigen dos condiciones que son clave para decidir la aplicación de la norma más favorable.

Por un lado, está la máxima «tempus legis regit actum», según la cual: la norma que por regla general deberá aplicarse será la vigente cuando se realizó el acto que motive su aplicación. Mas por el otro, se encuentra la situación jurídica que se origina como consecuencia de la realización del acto, en tanto mientras perdure dicha situación jurídica, la misma será primordial para aplicar la norma más favorable, en caso de sucesión temporal de normas que rijan la misma situación. Y aunque esos dos referentes son básicos, para poder determinar el lapso dentro del cual puede plantearse y resolverse un problema de sucesión temporal de normas. De todos modos, es diferente la manera en que ellos funcionan para fijar aquel intervalo, según se trate de normas penales en sentido estricto, de normas procesales de índole material penal, o bien de meras normas procesales.

3. Ello es así, porque respecto a las normas penales en sentido estricto y las procesales con contenido material penal: la realización de la conducta delictiva es el momento a partir del cual se inicia el período dentro del que podrá plantearse cuál de las normas en sucesión temporal será la que debe aplicarse por ser la más favorable. Sin embargo, ese lapso termina en momentos distintos, según se trate de normas penales en sentido estricto, o de normas procesales de índole material penal. En las normas penales en sentido estricto, el intervalo concluye cuando concurre alguna causa por la que se extingue la acción penal o las sanciones impuestas.

Mientras que en las normas procesales de contenido material penal, aquel lapso culmina cuando cesan o –conforme a aquéllas– debieran cesar las medidas cautelares afectatorias de la libertad personal impuestas durante la investigación o en el curso del proceso. La razón de la diferencia del momento en que termina el mencionado período, reside en que las medidas cautelares afectatorias de la libertad personal como derecho sustantivo, que se imponen durante el curso del proceso penal, sólo pueden durar hasta cuando se dicte auto de no vincular a proceso o un auto que lo sobresea, o se pronuncie sentencia, que queden firmes.

4. A su vez, tratándose de normas material y formalmente procesales, el lapso dentro del cual puede darse la sucesión de normas de las que tenga que decidirse cuál es la más favorable, se iniciará a partir de cuando se genere un derecho para el sentenciado en virtud de actos procesales que regule la ley durante ciertos períodos o etapas procesales concretos, o bien porque se den condiciones legales para que en dicha etapa el ministerio público o el juez se ajusten a ciertos requisitos respecto a las resoluciones meramente procesales que pronuncien.

De todo ello se obtiene, que sólo durante el transcurso de los mencionados intervalos será válido hablar de un posible problema de aplicación de normas estrictamente penales; o procesales de índole material-penal; o bien de mera naturaleza procesal, que se sucedan en tal tiempo. Pero no antes ni después.

## II. Aplicación de la norma más favorable cuando se trata de sucesión de normas meramente procesales

1. Tradicionalmente se ha dicho que los actos que ocurren en el proceso se rigen por la ley procesal vigente que los regule (tempus legis regit actum.) Asimismo, se ha sostenido que la aplicación de ciertas normas procesales se motiva a partir de cuando se dan los actos regulados por la ley procesal vigente, que generan una facultad para las partes para que la puedan ejercer durante cierto tiempo, o el Ministerio público o el juez actúen, examinen y pronuncien con ciertos requisitos sus determinaciones. Así, el lapso durante el que puede plantearse un problema de aplicación de normas meramente procesales que se sucedan en el tiempo, será durante la etapa procesal en la que las partes puedan aprovecharla para ejercer su facultad o hasta cuando el ministerio público o el juez se ajusten a lo que les manda la ley al dictar su determinación o resolución.

2. Por ello, como regla general, una mera norma procesal nueva es inaplicable retroactivamente a etapas o fases que ya concluyeron bajo la vigencia de la norma precedente. Ello apareja independizar la etapa o fase procesal del tiempo en que se cometió el delito. Lo cual sólo es correcto si se trata solo de normas meramente procesales, mas no así cuando se trata de normas procesales de índole material penal, como se verá luego. En efecto, mientras la relación jurídica sustantiva penal (entre la persona y el estado) que motiva la aplicación de la ley penal, de ordinario es simple –bilateral– y nace cuando se comete el delito y termina cuando se extingue la acción o la sanción penal por aquel delito.

En cambio, la relación jurídica procesal penal emerge después del delito, con motivo de la aplicación de la ley procesal penal y la naturaleza de aquella es compleja y variable. Esto es así, porque dicha relación jurídica se establece entre los diversos sujetos procesales y no sólo entre la persona imputada y el Estado. Y porque la relación misma se modifica con distintos derechos, facultades y cargas para los sujetos, según la etapa o fase que regule la ley procesal. Los derechos, facultades y cargas para los sujetos de la relación procesal serán así distintos, según se trate de las diversas etapas y fases del proceso penal, que le generen ciertos derechos al sentenciado o bien que den pie a determinados deberes para que las partes o el juez ajusten sus proceder en cierta forma o con determinados requisitos.

3. Son pues los actos que ocurren durante el proceso –y no el delito–, los que motivan aplicar normas procesales. O, dicho de otro modo, las situaciones jurídicas durante el proceso sólo pueden darse respecto al sentenciado, con motivo de los actos que den pie a aplicar las normas que regulan el proceso. Luego, no cabe aplicar normas procesales antes de que ocurran las situaciones o etapa



para que el ministerio público o el juzgador actúen de cierta forma o dicten sus determinaciones, ni después de que éstas se pronuncien o concluya la etapa de que se trate. En tal sentido, la tesis de rubro siguiente: RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS.<sup>52</sup>

4. Ello también quiere decir que las situaciones jurídicas y etapas que se derivan del proceso aún no existen cuando se comete el delito. Pues aquéllas surgirán a partir de cuándo se inicia la detención por flagrancia o se presenten la denuncia o la querrela y, en su oportunidad, se someta al sentenciado al proceso penal. Por ende, será un falso problema de sucesión temporal de normas meramente procesales, cuestionarse si es o no correcto que al entrar en vigor una ley procesal nueva, debería aplicarse la norma procesal que regía cuando se cometió el delito, por serle más favorable al sentenciado, toda vez que cuando se cometió el delito aún no había motivo para aplicarle la norma meramente procesal, pues aún no nacía el proceso que diera origen a la aplicación de esas normas procesales.

Dicho de otro modo, si se modifica la ley procesal después de que se comete el delito, pero antes de que se someta al sentenciado a situaciones jurídicas que impongan las normas procesales, de tal suerte que una nueva norma prevea consecuencias jurídicas de mera índole procesal que serían menos favorables para el sentenciado, de las que establecía la ley cuando se cometió el delito –por ejemplo, reducción del término para ofrecer pruebas–, no podrá sostenerse que al sentenciado le es aplicable la ley anterior con el argumento de que esa norma procesal regía cuando se cometió el delito. Y ello es así, porque en el momento en el que se comete un delito aún no se dan los motivos para que se actualicen los supuestos legales que regirán las situaciones o consecuencias de mero jaez procesal, en relación con el sentenciado de aquel delito.

5. Ahora bien, si la situación jurídica aún no concluye y la sucesión de normas ocurre cuando exista aquella, de tal modo que el sentenciado todavía pueda aprovecharla: de las normas procesales en sucesión será aplicable la más favorable para el sentenciado. Pues en tales eventos, la etapa o situación jurídica procesal aún es la misma. Por ejemplo, durante el transcurso del término para ofrecer pruebas o interponer un recurso, sobreviene una norma nueva que amplía ese término; o bien antes o enseguida de una resolución no impugnada, inicia una nueva norma que permite recurrirla dentro de un plazo que aún no concluye, serán casos en los que habrá de aplicarse la norma nueva.

O en sentido inverso al anterior, la nueva norma deroga un recurso o reduce el plazo para recurrir, antes de que éste concluya, prevalecerá la norma anterior por ser la más favorable al sentenciado.

### III. Sucesión de normas procesales, pero materialmente penales

1. Al respecto presentan especial interés las preguntas siguientes: ¿cuáles normas son realmente de carácter material penal y cuáles son de mera naturaleza procesal y cuáles son las consecuencias jurídicas de esa distinción? O expresadas de otro modo: ¿Cuál es el punto primordial que distingue a esas normas? ¿Qué implica esa diferencia, a efecto de aplicar la norma más favorable cuando haya sucesión de normas? Esos planteamientos se han tratado de resolver de diversas maneras. Varias de ellas insatisfactorias. Otras inadmisibles. Así, por ejemplo, podría pensarse –como ya se dijo– que el carácter penal o procesal penal de las normas se resuelve según éstas se hallen en los códigos penales o bien en los códigos de procedimientos penales.

Mas esta postura formal, al igual que la que estima sin mayor consideración que las normas que rigen la acción penal son de naturaleza penal, desconociendo que también aquella es una cuestión central de análisis para el Derecho Procesal–: son planteamientos que devienen inconvincentes por su falta de fundamentación ajustada a principios de un estado de derecho. ¿Acaso la prohibición de irretroactividad perjudicial de la ley dependería de la ubicación formal de la norma? Un criterio así dejaría la garantía al arbitrio del legislador ordinario, pues él podría decidir, por ejemplo, que pasen del código penal al código procesal penal las causas que extinguen la acción penal o excluyen el delito. Cancelando con esa simple maniobra la naturaleza materialmente penal de las normas que rigen la extinción de la acción penal, o la exclusión del delito.

2. ¿Dependería la cuestión de la tesis que sostiene que las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces? Tal postura parte de la teoría de las normas, pero involucra una solución poco plausible. Zaffaroni dice “...esa distinción no es sostenible en el ámbito punitivo, donde todas las leyes están dirigidas a estos últimos, entre otras razones, porque lo contrario sería difícilmente compatible con la concepción fragmentaria del poder punitivo”.<sup>53</sup> Y ciertamente, las normas procesales con contenido material penal tan se dirigen a los jueces, como también se enderezan e inciden contra las personas cuya libertad se vea afectada por su aplicación.

3. Todo ello obliga a plantear dos puntos capitales: 1°. ¿Cuál es el contenido de una norma procesal por el cual deba entenderse como materialmente penal? Y 2°. ¿Cuáles son las consecuencias de esa distinción? Parto de las ideas de Zaffaroni para destacar lo siguiente: Las normas materialmente penales pueden separarse en dos categorías cuyo común denominador es que atienden al delito y/o tienen relación directa con la afectación a la libertad personal como derecho sustantivo protegido por la Constitución. En

52 Tesis aislada XVI.2o.1 K, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 614, Registro No. 204646.

53 Eugenio Raúl Zaffaroni, “Proceso Penal y Derecho Humanos: Códigos, Principios y realidad”, en América Latina: Análisis Regional, p. 10.

la primera categoría están las normas penales en sentido estricto, cuya aplicación implica atender a un delito o una causa que lo excluya, o imponer una pena, o bien que conlleve a su sustitución o a modificar su duración, o comporta la extinción de la acción penal o de la pena misma.

Mientras que, en la segunda categoría, están las normas procesales de índole material penal, cuya aplicación involucra atender a un delito o a sus circunstancias y con base en ello imponer una medida cautelar que afecte la libertad, como derecho sustantivo protegido por la Constitución, o bien que conlleven la modificación de su duración o consecuencias, o comporten el cese de tal medida cautelar. Esta postura tiene apoyo constitucional en los estados de derecho: pues la potestad penal se traduce en sanciones o medidas que afectan la libertad. Y que no sólo provienen de la ley penal, sino también manan de otras leyes, como sucede con algunas normas de los códigos de procedimientos penales o de las leyes de menores infractores, en tanto contemplen medidas cautelares que afecten la libertad como derecho sustantivo protegido por la Constitución.<sup>54</sup>

4. Estas normas inciden pues en uno de los principales derechos sustantivos que garantiza la Constitución, como es la libertad, donde, además, su aplicación depende del delito sentenciado, de su gravedad o de las condiciones que lo rodean respecto a quien se le imputa intervención en aquél. Por ello, aquellas son normas cuya naturaleza es materialmente penal. Y por ello, esas normas procesales de índole material penal han de regirse por la garantía de la irretroactividad perjudicial de la ley y por la pauta de la norma más favorable –derivadas del artículo 14 Constitucional– respecto de las que se hayan sucedido en el tiempo desde que se cometió el delito.

Lo que se corrobora si se atiende a la garantía del artículo 14 Constitucional, de ser juzgado “...conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Mismo “hecho” que no puede ser otro que el delito que motiva el proceso e incide para la determinación de las medidas cautelares durante el mismo. De tal modo que si debido al delito, o su gravedad o de las condiciones que rodean al sentenciado en relación con aquel delito, se le aplica una norma que afecte su libertad o determine el fin de tal afectación: esa norma deba estimarse de índole material penal.

Y, por tanto, que cuando haya sucesión de esa clase de normas, deba examinarse cuál es la más favorable desde que se cometió el delito: pues es éste el que motiva el procedimiento penal y es el delito o su gravedad, o sus circunstancias respecto de la persona imputada, las que se toman en cuenta para aplicar la medida cautelar que le afecta su libertad, o bien para que cese esa afectación. En la línea sostenida cabe citar la tesis de jurisprudencia 44/2000 de la Primera Sala de la SCJN, cuyo rubro es el siguiente:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUÁL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO.<sup>55</sup>

6. Luego, si ya se dio el motivo –comisión del delito– para que una norma materialmente penal –cualquiera que sea su ubicación o naturaleza formal– sea aplicada y cuyas consecuencias afecten la libertad del sentenciado de dicho delito, la ley nueva que haga más gravosa la situación concerniente a su libertad, no podrá aplicarse retroactivamente en su perjuicio, en acato del artículo 14 Constitucional. Por ejemplo, las normas de prescripción de la acción penal inician sus consecuencias –vinculadas a la clase de pena o a la gravedad de las penas– con motivo de la comisión de un delito; esto es, a partir de cuándo se cometió el delito. Por ende, será conforme a Derecho aplicar una norma nueva que reduzca el término de prescripción que existía cuando se cometió el delito.

Mas será violatorio de garantías que se aplique retroactivamente una ley ulterior que amplíe el plazo de prescripción de la acción penal por un delito que, cuando se cometió y según los términos de prescripción de la acción penal, ésta prescribía en un lapso menor.

5. Otras normas procesales de índole material penal son las normas que motiven sobreseer el proceso con la consecuencia de la libertad del sentenciado. En cuanto que la aplicación de tal clase de normas a través de aquellas resoluciones, conlleva consecuencias materialmente iguales a la pena de prisión o consisten en medidas cautelares que afectan la libertad personal o bien son normas que disponen o codeterminan que cese, se incremente o se atenúe tal afectación y, además, en tanto que la aplicación de muchas de ellas depende (entre otras condiciones) del delito o de su gravedad.

#### IV. Conclusiones.

1. Para decidir cuál norma es la más favorable cuando haya sucesión de normas procesales penales: primero es esencial fijar si se trata o no de normas procesales materialmente penales.

---

<sup>54</sup> Lo que también involucra a las normas de los bandos de policía y buen gobierno: en cuanto a las infracciones administrativas que ameriten arresto hasta por treinta y seis horas conforme el artículo 21 Constitucional.

<sup>55</sup> Tesis de Jurisprudencia 10/2001, al resolver la Contradicción de Tesis 44/2000-P.E., entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, 24 de enero de 2001.

2. Sentado lo anterior, tratándose de normas materialmente penales, el momento de comisión del delito marcará el inicio del lapso dentro del que podrá plantearse la aplicación de la norma más favorable de las que se sucedan, hasta cuando se extinga la acción penal o cese la situación jurídica generada por la aplicación de la norma.

3. Mientras que, si se trata de normas meramente procesales, lo decisivo para fijar ese período será a partir del momento en el que ocurra el motivo procesal que origine la aplicación de la norma, mismo que concluye cuando transcurre el plazo o se resuelve en definitiva la situación jurídica con la aplicación de la norma que corresponda.

#### D. PRINCIPIO DE IGUALDAD, MINORÍA DE EDAD E INIMPUTABLES PERMANENTES

1. El párrafo quinto del artículo 1° Constitucional contiene la base de la garantía de igualdad. Dispone: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Con ello toma fuerza el aforismo: Todas las personas son iguales ante la ley. Pero según esto: ¿Les será aplicable la ley penal a todas las personas, sin que ella distinga? Si se ve bien, la garantía de igualdad protege a las personas contra la discriminación por cualquier motivo que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona.

Por tanto, cabe pensar que es válido que la ley diferencie para evitar tratar igual a los desiguales. Ello adquiere relevancia cuando de no hacer distinciones legales signifique un menoscabo a la persona según su condición real, o en función de los derechos y libertades del grupo distinguido: bien sea, porque la norma indiferenciada origine ciertos menoscabos, o bien sea porque se omitan las normas que tiendan a corregir las desventajas preexistentes que ocurran en la realidad. Por ello, un aspecto importante a considerar es que la igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias, que en la realidad se traducen en desdorsos si la ley no introduce mecanismos de compensación. La diversidad se contrapone a la homogeneidad, a la identidad: pero no a la igualdad.

2. Por ello, las normas penales diferentes para adultos y menores edad y para los mismos adultos y los enfermos mentales –como también las referentes a garantizar los derechos indígenas que consagra el artículo 2° Constitucional–: no significan generar un conflicto de desigualdad entre esos grupos con un coeficiente común: la persona humana.

Más bien tratan de erradicar en la norma y en la realidad, cualquier tinte autoritario que omita reconocer situaciones de diferencia real o de desventaja, por razón de edad o condición mental, u otras condiciones, a través de medidas que eliminen las situaciones discriminatorias que puedan resultar de normas iguales para todos.

Las normas penales distintas para menores de dieciocho años edad –que ahora establecen los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 Constitucional– y las relativas para los mismos adultos que padezcan trastornos mentales permanentes, obedecen a la visión de garantizar un trato de igualdad con base en las diferencias y la dignidad entre todos los seres humanos. Y en tal sentido, la garantía de igualdad no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, a través de normas indiferenciadas, sino reconocerla en su realidad, introduciendo normas que no signifiquen ya discriminación o desigualdad inadmisibles en virtud de un trato indiferenciado en la ley. Bajo esos principios filosóficos se edifica el modelo de igualdad contenido en los artículos 1° y 2° de nuestra ley fundamental y que, respecto a los menores, ahora también se refleja en el artículo 18 Constitucional.

3. Bajo esas premisas, como sucede en el modelo imperante en la Constitución, no se desconocen las diferencias, sino que éstas se reconocen y valoran. A tal grado que, a partir de 2006, en el artículo 18 Constitucional se estableció un sistema integral de justicia para menores, renovado luego en 2016.

Aunque la instauración de tal sistema también encuentra su fundamento en los artículos 1°, 4° y 17 Constitucionales. En este sentido, en el artículo 1° quedan comprendidas las personas menores de dieciocho años de edad como sujetos de garantías; el artículo 4° establece con toda nitidez la obligación del Estado para proveer lo necesario a fin de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez; en tanto que el artículo 17 confiere a las personas menores de dieciocho años de edad el derecho a la jurisdicción.

6. De los términos de dichos preceptos se deduce pues, la necesidad de un trato legal diferente a los desiguales o que se hallen en una situación especial que pueda colocarlos en cierta desventaja. Él trasciende a la aplicación de la ley penal, por los motivos siguientes: 1) Por la minoría edad. 2) Y por la enfermedad mental permanente de los inimputables o de los incapaces procesalmente. Así, esos motivos se convierten en dos reglas personales para evitar la aplicación indiscriminada de la ley penal. Respecto de las cuales también deben incluirse, en lo pertinente, las relativas a los grupos indígenas, en los términos del artículo 2° Constitucional. A todas ellas aluden los artículos 23 y 93 de la Iniciativa.

#### E. CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

## I. Fundamentos constitucionales

El concurso aparente de normas es un problema cuya solventación interesa para respetar la garantía de exacta aplicación de la ley penal del artículo 14 Constitucional, y que se soluciona excluyendo las normas penales que en apariencia concursan con otras, pero que no sean las exactamente aplicables al caso de que se trate, y cuya inobservancia también puede manifestarse cuando se aplican a un mismo hecho –y, en su caso, a su secuela– dos o más normas penales incompatibles entre sí, con lo que se impacta, además, a la indemnidad del artículo 23 Constitucional del que deriva la prohibición de recalificar una sola conducta delictuosa como si hubiera originado dos delitos.

## II. Premisas

1. Dice Puig Peña: “...mientras las normas concurrentes puedan coexistir no se crea problema alguno; éste surge cuando las normas que vienen en concurrencia a disciplinar el mismo supuesto de hecho, se excluyan de tal modo entre sí, que la aplicación de una repele necesariamente la efectividad de la otra. En tal caso se le plantea al juez la tarea de eliminar del material normativo que tiene a su disposición, las normas que provocan el conflicto de concurrencia.<sup>56</sup>”

El criterio de que todo concurso aparente presupone un conflicto de dos normas incompatibles entre sí que regularían el mismo hecho, cuando en realidad sólo una es la exactamente aplicable, misma que excluye a la restante: trae como consecuencia que, si falta tal incompatibilidad entre las normas concursantes, ya no podrá hablarse de que existe un conflicto entre ellas, sino de un concurso ideal de delitos, según la tesis de rubro siguiente:

CONCURSO APARENTE DE TIPOS. AL NO EXISTIR CONFLICTO DE LEYES ENTRE EL ARTÍCULO 96, EN RELACIÓN CON EL 97 DE LA LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES Y EL DIVERSO 29, FRACCIÓN VII, DE LA LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO, POR CONTEMPLAR ELEMENTOS DISTINTOS, NO PUEDE ACTUALIZARSE AQUELLA CIRCUNSTANCIA.<sup>57</sup>

Lo anterior significa que, ante cierta conducta, en ocasiones surge una pluralidad de normas penales que podrían serle aplicables o no: lo que dependerá según aquellas sean o no compatibles entre sí para aplicarlas a la conducta de que se trate. Cuando las normas concurrentes consistan en tipos penales que sean compatibles para adecuarlos a una conducta, se estará ante un concurso ideal de delitos.

Mas en la medida en que las normas –aunque no se trate de tipos penales– sean inconciliables, existirá un conflicto entre ellas que ha de resolverse excluyendo una de las que parecen concursar –y que no sea la exactamente aplicable–: para sólo tomar en cuenta la justamente adecuada a la conducta de que se trate, cumpliéndose así con la garantía del artículo 14 Constitucional y, en su caso, evitando la recalificación delictiva que prohíbe el artículo 23 Constitucional.

2. De lo expuesto se desprende que en el concurso aparente de normas en realidad no existe concurso, sino sólo una “apariencia” del mismo. Ya que, por ser las normas incompatibles entre sí, una de ellas excluirá a la otra por no ser la exactamente aplicable. Mas igual es pertinente realzar que en tanto el concurso aparente de normas es una cuestión de exacta aplicación de la ley penal, por ende, tan puede presentarse ante tipos penales; como igual puede concernir a normas de la ley que regulen otros aspectos de los presupuestos de la pena.

Y aun cuando el mayor número de casos se presenta frente a dos o más tipos penales que serían los aplicables, cuando en realidad es uno solo, lo cierto es que el concurso impropio de normas puede darse entre disposiciones de la Parte General o entre las de la Parte Especial; o entre normas de una Parte con las de la otra. O incluso, entre normas del código penal y las de otros códigos o leyes, o entre las de éstas.

3. En el ámbito procesal se ha estimado que resolver el concurso aparente de tipos sería propio de la sentencia y no del auto que vincularía a proceso. Así lo sostuvo, respecto al auto de formal prisión, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito en la tesis 209/2000.<sup>58</sup> Para ello expuso dos razones. La primera. Que para resolver el conflicto normativo en un proceso penal es necesario que los hechos regulados por los tipos en concurso estén probados y no solo presumidos. Y la segunda. Que la prohibición de recalificar un delito es para evitar que una conducta sea sancionada pluralmente. Y si es hasta la sentencia cuando el juez impondrá pena, sería solo en tal resolución donde debería estudiarse el concurso de tipos incompatibles.

<sup>56</sup> Puig Peña, *Colisión de Normas Penales*, Barcelona, Editorial Bosch, 1955, p. 10.

<sup>57</sup> Registro No. 181181, Tesis IV.2o.P.18 P., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, julio de 2004, p. 1699.

<sup>58</sup> CONCURSO APARENTE DE TIPOS. SU ESTUDIO ES PROPIO DE LA SENTENCIA Y NO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Registro No. 189763, Tesis XXII.2o.8 P., Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 1106. Nota: Sobre el tema tratado, la Primera Sala resolvió la contradicción de tesis 36/2007-PS, en la que determinó que debía prevalecer el criterio contrario a la tesis citada.

Empero, tal criterio desatiende que resolver un concurso aparente de tipos no solo tiene por objeto respetar la prohibición de recalificar un delito en acato del principio “non bis in idem” que deriva del artículo 23 Constitucional. Sino que su fin primario es aplicar de manera exacta la ley penal conforme al artículo 14 Constitucional. Asimismo, el artículo 19 Constitucional –antes y después de su reforma en 2008– no se refiere a presunción de los hechos, sino que exige que esté establecido el hecho delictivo, mismo que se informa de la concreción de los elementos de un tipo penal previsto como delito en la ley penal. Delito que, según el artículo 19 Constitucional, compete determinar al juez, y donde respecto del hecho que lo constituya ha de seguirse el proceso penal, en respeto de las garantías de audiencia y defensa.

Por ello, será preciso que el juzgador resuelva los casos de concurso aparente de tipos que se le presenten, cuando dicte orden de aprehensión o auto de vinculación a proceso, para que, en acato a la indemnidad de exacta aplicación de la ley penal, determine cuál tipo penal es el aplicable, de entre los que exista el conflicto normativo respecto al hecho establecido. El criterio expuesto encuentra apoyo en la tesis de jurisprudencia 158/2007, de la Primera Sala de la SCJN, con el rubro siguiente:

**CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES. EL ESTUDIO SOBRE SU OPERATIVIDAD, PUEDE REALIZARSE TANTO EN EL AUTO DE PROCESAMIENTO COMO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.<sup>59</sup>**

4. En México, Porte Petit estimó que existe concurso aparente de normas “...cuando una materia se encuentra disciplinada por dos o más normas incompatibles entre sí”.<sup>60</sup> Postura que comparte toda la doctrina y jurisprudencia. Por lo que toca ahora señalar los baremos para decidir la incompatibilidad de las normas concurrentes, porque una sea la exactamente aplicable al hecho que se trate, excluyendo la restante.

## II. Principio de especialidad

1. El principio de especialidad postula que cuando parezca que varias normas capten una conducta, prevalecerá la norma especial sobre la general. Para ello, la norma especial debe contener y/o encerrar todos los elementos de la norma general, más uno o más elementos específicos, que la hagan preferente. Al respecto Muñoz Conde precisa “...cuando un precepto reproduce las características de otro, añadiéndole además otras específicas, el precepto más específico (lex specialis) desplaza al más genérico”.<sup>61</sup>

Ello quiere decir que en lo que toca a tipos penales, el contenido de uno ha de comprender –expresa o implícitamente– los elementos del restante, más uno u otros elementos específicos que lo diferencien del otro, volviéndolo de preferente aplicación. Motivos por los cuales esos tipos se llaman “especiales”, ante los tipos más generales cuyos elementos abarcan aquéllos.

Así, puede citarse la tesis de rubro siguiente: **CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES. AL ADVERTIRSE SU PRESENCIA DEBE RESOLVERSE MEDIANTE EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**<sup>62</sup>

2. De esa manera, podrá existir especialidad de un tipo básico que comprenda los elementos de otro, más otros específicos; o de los tipos complementados o privilegiados respecto al tipo básico, como de los atenuados o agravados en cuanto al mismo tipo básico. Zaffaroni apunta

“...cuando el desvalor de una característica de la conducta está ya comprendido o abarcado por el tipo de que se trate. Suele llamarse a este caso “hecho típico acompañante”. Y aunque el autor argentino estima que en realidad en estos eventos “...ya no se trata de un encerramiento conceptual, sino material o valorativo [por lo que han tratarse como casos de consunción]: respecto de los que cabe citar el robo con violencia en las personas o la violación respecto a las lesiones..., [pues no es] más que el resultado de una característica que está requerida en la tipicidad que consuma la acción. Lo mismo ocurre con la privación de libertad necesaria para posibilitar la fuga de los autores del robo y que queda abarcada por la lesión a la libertad que deviene de la intimidación”.<sup>63</sup>

3. Así pues, los tipos que encierren conceptualmente a otro y contengan, además, otros elementos específicos, excluirán la aplicación del tipo encerrado, en virtud del principio de especialidad. Mientras que los tipos que encierren a otro porque capten su desvalor y contengan otros elementos, lo desplazarán debido al principio de consunción.

De cualquier modo, el encerramiento conceptual de un tipo por otro, convierte a éste en tipo especial que excluirá la aplicación del restante, como igual sólo será aplicable el tipo consuntivo (principio de consunción) cuando encierre desvalorativamente a otro tipo. En este último tenor pueden citarse los casos de consunción de las tesis de rubros siguientes:

---

59 Tesis jurisprudencial 158/2007. Contradicción de tesis 36/2007-PS., entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, 05 de septiembre de 2007.

60 Celestino Porte Petit C., Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, I; México, 1960; p. 101.

61 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Valencia, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000, p. 32.

62 Registro No. 176361, Tesis aislada II.2o.P.191 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 2342.

63 Eugenio Raúl Zaffaroni..., op. cit., Derecho Penal, Parte General, p. 835.

LESIONES, CUANDO SE PRODUCEN COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLACIÓN, NO CONSTITUYEN UN DELITO AUTÓNOMO.<sup>64</sup>

FRAUDE GENÉRICO Y FRAUDE POR SIMULACIÓN. NO SE CONFIGURA CON LAS MISMAS CONDUCTAS. CONCURSO INEXISTENTE.<sup>65</sup>

FRAUDE PROCESAL. ESE DELITO ABSORBE AL DIVERSO INJUSTO TÍPICO DE USO INDEBIDO DE DOCUMENTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).<sup>66</sup>

Sin embargo, se tratará de casos en los que es aplicable el principio de especialidad, porque uno de los tipos contiene todos los elementos del otro, más otros específicos, los que se mencionan en las tesis de rubros siguientes:

FRAUDE COMETIDO POR LIBRAR CHEQUES SIN FONDOS. CUANDO LA CONDUCTA ATRIBUIDA AL ACTIVO ESTÁ COMPRENDIDA TANTO EN UNA NORMA GENERAL, COMO EN UNA ESPECIAL, DEBE APLICARSE ESTA ÚLTIMA ACORDE CON EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).<sup>67</sup>

FRAUDE GENÉRICO. NO SE ACTUALIZA EN EL CASO DE OPERACIONES REALIZADAS POR CONDUCTORES O VENDEDORES DE EDIFICIOS EN CONDOMINIO, CASAS O HABITACIONES EN GENERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO).<sup>68</sup>

CONCURSO APARENTE DE NORMAS. ES ILEGAL LA ORDEN DE APREHENSIÓN EMITIDA POR EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO, Y NO POR EL DE DESPOJO RESPECTO DE UN INMUEBLE PROPIO, CUANDO EL PRIMERO CONSTITUYE LA NORMA GENERAL Y EL SEGUNDO LA ESPECIAL, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).<sup>69</sup>

3. Los tipos privilegiados y complementados y los que tienen modalidades atenuantes o agravantes igual son especiales frente al tipo básico; esto es, ante el que contenga los elementos necesarios para la punibilidad simple del hecho (no atenuada o agravada ni con la de los tipos privilegiados o complementados.) Para ello, cabe recordar que será elemento del tipo penal cualquier supuesto que la ley vincule directamente con una figura típica, y por el cual a la conducta le sea aplicable cierta punibilidad si se realiza con dicha modalidad específica. La opinión que niega carácter de elemento del tipo a las modalidades atenuantes o agravantes, conduce a la incoherencia de imputar penas menores o mayores en virtud de circunstancias que serían atípicas y no podría considerar norma especial el homicidio en riña respecto del homicidio simple, excluyendo a éste.

Las modalidades que agravan o atenúan la punibilidad legal del supuesto de un hecho punible, le agregan a éste nuevos elementos específicos cuya naturaleza es contingente, pero que una vez concretados inciden en aquél, dándole contenido y punibilidad propios; mismos que son diferentes del contenido típico y la penalidad que la ley asigna a los tipos penales básicos; es decir, de los no cometidos con dichas modalidades típicas, cuya concurrencia sí da contorno nuevo al tipo en virtud de la circunstancia específica en la que reside la modalidad. De ello resulta que no haya razón para argüir, por ejemplo, que los delitos de homicidio simple y en riña tendrían los mismos elementos típicos, cuando precisamente no es así, pues el homicidio en riña posee este elemento específico, del cual carece el homicidio simple o cometido sin esa modalidad.

4. Luego, las modalidades específicas establecidas por la ley que implican un incremento o disminución de la penalidad de un tipo básico: impedirán la aplicación de los delitos diversos que dichas modalidades puedan implicar, debido justamente al elemento “especializante” de la modalidad típica de que se trate o porque ésta absorba material o desvalorativamente a otro delito en virtud del “principio de consunción”. Por ejemplo, el homicidio en riña o el cometido con ventaja excluyen al homicidio simple. O el robo con violencia o cometido en casa habitada excluirán al robo simple, a las lesiones o al allanamiento de morada e incluso a otros delitos que involucre la calificativa. Así se manifiesta en las tesis de rubros siguientes:

64 Registro No. 227085, Tesis Aislada, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, p. 314.

65 No. Registro 249,152, Tesis aislada, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 181-186, Sexta Parte, p. 85.

66 Registro No. 18575, Tesis XII.5o.3 P., Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1376.

67 Registro No. 175932, Tesis XX.2o.53, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1815.

68 Registro No. 180882, Tesis aislada XXVII.15 P., Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1609.

69 Registro No. 179640, Tesis XI.1o.5 P., Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 173.

ROBO EN CASA HABITACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA, CONCURSO INOPERANTE ENTRE LOS DELITOS DE.<sup>70</sup>

ROBO CON VIOLENCIA, DELITO DE. INCOEXISTENCIA CON EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).<sup>71</sup>

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. CUANDO NO ES UN DELITO AUTÓNOMO.<sup>72</sup>

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE USO DE DOCUMENTO FALSO Y ROBO AGRAVADO (ARTÍCULOS 339, PÁRRAFO SEGUNDO Y 224, FRACCIÓN VII, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL).<sup>73</sup>

PUNIBILIDAD TRATÁNDOSE DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD CALIFICADO. SE VIOLAN GARANTÍAS SI SE IMPONE DOBLEMENTE LA INHABILITACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 213 BIS Y LA CONTEMPLADA POR EL NUMERAL 215, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.<sup>74</sup>

5. Ya se dijo que el legislador plasma tipos penales privilegiados (atenuados) o tipos penales complementados (agravados) que son autónomos. Y, por ende, sin que sean dependientes del tipo básico, pero que describen los elementos de éste, más otros que debido a su especificidad los harán “especiales” frente a los tipos básicos. Así, por ejemplo, cuando a sabiendas se mata al padre, el tipo de parricidio será especial frente al de homicidio, pues aquél conoce los elementos de éste y los especiales concernientes a la calidad de los sujetos pasivo y activo.

Justamente es posible que sea inaplicable el tipo penal especial, debido a que no se concrete alguno de los elementos especializantes que lo forjen: de tal modo que la conducta se subsuma en el tipo genérico. En estos eventos, el tipo genérico conserva su validez a efecto de aplicarlo al hecho que, al ser subsumible en aquél, la adecuación fracase respecto a su encuadramiento en el tipo especial (principio de subsidiariedad). Por ejemplo, la muerte de un niño por su madre, originada después de las veinticuatro horas del nacimiento de aquél, impedirá la adecuación al tipo de infanticidio y dará pie a que se aplique el de filicidio. Lo mismo acontecerá cuando el sujeto activo haya ignorado –cuando realizó su conducta–, que la víctima era su padre o su hijo, lo cual excluirá aplicar los tipos de parricidio y filicidio, dando paso al de homicidio.

6. Asimismo hay tipos “especiales” de índole autónoma, que sin ser tipos complementados o privilegiados ni tipos con modalidades atenuantes o agravantes, de todos modos tales tipos autónomos resultan ser “especiales” en cuanto contienen los elementos de los tipos atenuados o agravados o bien de otros tipos genéricos: pero a los cuales el legislador les añade otros elementos específicos, que encerrarán el desvalor de los otros (principio de consunción) o bien especializarán a esos tipos autónomos, volviéndolos de preferente aplicación respecto de los diversos genéricos, atenuados o agravados (principio de especialidad). Tal y como se observa en las tesis relacionadas de rubros siguientes:

ASALTO Y ROBO CON VIOLENCIA SOBRE LAS PERSONAS, INCOEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE. (LEGISLACIÓN DE TLAXCALA).<sup>75</sup>

ASALTO Y ROBO CON VIOLENCIA. NO HAY AUTONOMÍA EN LOS DELITOS DE.<sup>76</sup>

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CUANDO SE LLEVA A CABO ÚNICAMENTE PARA COMETER LOS DELITOS DE ROBO O EXTORSIÓN. ES UN TIPO ESPECIAL CUYA ACTUALIZACIÓN EXCLUYE LA ACREDITACIÓN EN FORMA AUTÓNOMA DE ESAS FIGURAS DELICTIVAS.<sup>77</sup>

70 No. Registro 234,383, Tesis aislada, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 169-174, Segunda Parte, p. 105.

71 Registro No. 189255, Tesis II.1o.P.90 P., Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, julio de 2001, p. 1146.

72 Registro No. 202186, Tesis II.2o.P.A.31 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 910.

73 Registro No. 182987, Tesis I.4o.P.24 P., Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1086.

74 Registro No. 185668, Tesis I.7o.P.13 P., Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1436.

75 Registro No. 203179, Tesis VI.2o.53 P., Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, febrero de 1996, p. 388.

76 Registro No. 195162, Tesis de jurisprudencia VII.P. J/34, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VIII, noviembre de 1998, p. 422. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 133-138, Segunda Parte, página 14, tesis de rubro: “ASALTO Y ROBO CON VIOLENCIA. NO HAY AUTONOMÍA EN LOS DELITOS DE. CONSUNCIÓN.”.

7. El concurso impropio de tipos penales también puede presentarse entre tipos de los códigos penales, frente a tipos penales de otras leyes, donde éstos resulten ser normas “especiales” o “consuntivas” debido a ciertos elementos específicos, pero conteniendo, además, los elementos de tipos de los códigos penales o involucrándolos material o desvalorativamente, excluyendo su aplicación. O bien, que tal fenómeno ocurra a la inversa. Es decir, donde el tipo de un código penal se constituya en norma especial o consuntiva frente al tipo penal contemplado en otra ley, excluyendo su aplicación. Y en última instancia, donde el concurso aparente se presente entre un tipo penal especial o consuntivo frente a uno más genérico, contemplados ambos en leyes distintas de los códigos penales. Así se observa, respectivamente, en las tesis de rubros siguientes:

TORTURA Y EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO. NO PUEDEN COEXISTIR. LOS ELEMENTOS DEL PRIMERO PREVALECEN RESPECTO DEL SEGUNDO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.<sup>78</sup>

FRAUDE Y DELITO PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DE LA LEY.<sup>79</sup>

CONCURSO DE LEYES. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEY ESPECIAL CON EXCLUSIÓN DE LA LEY GENERAL. FRAUDE Y NO DELITO BANCARIO.<sup>80</sup>

CONTRABANDO, DELITO DE. SE SUBSUME EN EL DE INTRODUCCIÓN CLANDESTINA DE ARMAS DE FUEGO.<sup>81</sup>

8. Ciertamente, podrá darse un conflicto de normas incompatibles entre leyes federales y del orden común, de tal modo que la aplicación de una u otra servirá para decidir la competencia de la autoridad que le concierna aplicar el precepto exacto. Y sería un error entender que en esos fenómenos no operarían los principios de especialidad o de consunción por tratarse de cuestiones de competencias. Ya que precisamente deslindando cuál norma es la exactamente aplicable al delito de que se trata, es como podrá decidirse a cuál autoridad judicial le incumbe aplicarla. En tal sentido es como debe entenderse la tesis de rubro siguiente:

CONCURSO APARENTE DE TIPOS, CUANDO NO OPERA EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD APLICABLE EN EL (CONFLICTO DE COMPETENCIA).<sup>82</sup>

9. El principio de especialidad cabe incluso entre causas de licitud. Por ejemplo, el propietario consiente que otro destruya el coche asegurado de aquél, acordando entre ellos repartirse el importe del seguro. ¿Acaso sería ineficaz el consentimiento para excluir el daño en propiedad ajena, porque la disponibilidad de los bienes jurídicos por su titular aparece el ejercicio de un derecho, respecto del cual la ley veda su ejercicio cuando conlleve el sólo propósito de dañar a terceros? Eso sería así si se apoyara la eximente en el ejercicio de un derecho como excluyente de delito.

Empero, el caso no debiera ser dudoso. Pues los códigos penales no vinculan a tal condición la excluyente por consentimiento, que por aludir específicamente al derecho de disponer del propio bien consintiendo que se injiera sobre él, debe prevalecer sobre la más general de ejercicio de un derecho. Además, que el propietario consienta la destrucción de su coche en aquellas condiciones, no excluye para él ni para el autor del daño que se les impute estafa (o su tentativa) en perjuicio de la aseguradora. Pero no se ve razón para que el consentimiento no excluya la tipicidad del daño a cosas propiedad de quien lo otorga. Así, cualquier caso ajeno al consentimiento, de supuesto ejercicio de un derecho cuyo único motivo sea perjudicar a otro, será claro que no se estará ante el ejercicio del derecho sino de su abuso.

10. El principio de especialidad también puede ocurrir entre normas de la Parte General y de la Parte Especial. Como sucede entre el estado de necesidad y la causa de justificación por robo famélico del artículo 379 del CPF, en el cual se limita la licitud del acto a sólo un apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades del momento por parte del autor o de su familia, siempre y cuando no se empleen medios engañosos ni violentos. Esta hipótesis constituye un peculiar estado de necesidad cuya justificación reside en la situación de peligro que lleva al sujeto al sacrificio de un bien jurídico ajeno para salvaguardar el personal o familiar de mayor entidad valorativa.

77 Registro No. 178666, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 11/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 515. Contradicción de tesis 33/2004-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Noveno, ambos en Materia Penal del Primer Circuito.

78 Registro No. 181639, Tesis: XX.1o.128 P., Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, abril de 2004, p. 1481.

79 Registro No. 251684, Tesis Aislada, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, 127-132, Séptima Época, Sexta Parte, p. 69.

80 Registro No. 250803, Tesis Aislada, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 145-150 Sexta Parte, p. 80.

81 Registro No. 199040, Tesis aislada XIX.2o.24 P., Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. V, abril de 1997, p. 226.

82 No. Registro: 234,428, Tesis aislada, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 163-168, Segunda Parte, p. 18. Genealogía: Informe 1982, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 9, página 7.



Ahora bien, Pavón Vasconcelos apunta, que "...el problema surge cuando se debe juzgar el caso de quien, inmerso en un auténtico estado de necesidad, realiza un segundo robo de los objetos indispensables para su subsistencia, o bien el primer apoderamiento se ejecuta empleando medios engañosos o violencia, hechos que rebasan el marco de la excluyente por estado de necesidad del artículo 379, surgiendo así el conflicto entre este dispositivo y el artículo 15, que recoge el estado de necesidad. Las soluciones propuestas son diversas: una establece que, en el segundo apoderamiento, o en el ejecutado a través de los medios indicados, hay un estado de necesidad con base en la fórmula más amplia de la excluyente recogida en el artículo 15 del código, que por esa razón es ley especial y repele a la norma contenida en el artículo 379 ya citado.

Otra solución propone la punibilidad del segundo robo o del ejecutado con engaños o violentamente, por estimar que el artículo 379 fija elementos que le dan un contenido mayor, cuyo fin sería limitar la justificante a un apoderamiento, excluyendo igualmente los casos de cuando los objetos excedan de lo necesario, lo cual convertiría al artículo 379 en norma especial que excluiría al artículo 15.<sup>83</sup> Y aunque Pavón no toma partido al respecto: la última postura debe rechazarse, porque aparte del problema de especialidad y fuera de cuando los objetos excedan de lo necesario para salvaguardar la vida o salud del agente, en los demás casos de un genuino estado de necesidad, no hay razón para suponer que la vida o la salud de una persona sólo podrían salvarse una vez sacrificando cosas y que en posteriores ocasiones el derecho preferiría a estas últimas.

### III. El principio de consunción

#### 1. Premisas

Cabe abundar más sobre el principio de consunción. En el artículo 28 del proyecto (PCPC), igual al artículo 13 del CPDF, se establece: "(Principio de...consunción). Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: II. La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance." Al respecto Muñoz Conde enseña:

"...Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que se castigan autónomamente, pero que su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte. Por ejemplo, la tentativa queda absorbida por el delito consumado. Obviamente, para apreciar este principio los diversos hechos han de estar en una misma línea de progresión en el ataque a un mismo bien jurídico protegido. Pues de lo contrario ya no habría concurso aparente, sino de delitos.<sup>84</sup>

Soler se enfila en igual sentido, al expresar:

"...Los casos de consunción...están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por él han de entenderse consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme con otro o con el mismo tipo. En tales casos –añade Soler–: uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva, no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo".<sup>85</sup>

A su vez Zaffaroni coincide al apuntar: "...la relación de consunción puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición".<sup>86</sup>

Igual idea expone Pavón al precisar "...en la consunción el mayor alcance de la norma aplicable no radica en su amplitud descriptiva, en función de los elementos "especializantes" que en ella concurren [principio de especialidad], sino en su entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, excluyendo su misión sancionadora.

#### 2. El tipo penal de mayor desvalor consume al de menor desvalor

1) Y es que cuando el ataque contra un bien jurídico que prevea un tipo, progresa de tal modo que lo llega a lesionar según el tipo de otro delito, aquella conducta quedará subsumida en este último delito.

Así, existe una excluyente relación valorativa entre los tipos penales de delitos consumados y la figura típica de tentativa. Los tipos que describen conductas que lesionan el bien jurídico que protegen, absorben a la figura típica de tentativa punible, pues esta sanciona acciones ejecutivas que ponen en peligro el bien jurídico, pero no cuyo ataque ocasiona la lesión al bien al consumarse el delito que quería cometerse.

De ello se sigue que cuando un tipo proteja un bien jurídico de la lesión que pueda sufrir, aquél será consuntivo del diverso tipo que tutele al mismo bien del peligro que pueda afectarle. Lo que se traduce en el enunciado general: la lesión absorberá al peligro de

83 Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 26 y ss.

84 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 33 y ss.

85 Sebastián Soler, p. 149.

86 Eugenio Raúl Zaffaroni et al, op. cit., p. 832.

aquella. Esta consunción a veces se acepta en la misma ley, como ocurre cuando el abandono de un niño incapaz de cuidarse (artículo 335 del CPF), traiga como consecuencia su muerte. Ya que el artículo 339 del CPF dispone que en tal caso se presume como premeditada la muerte para aplicar las sanciones que correspondan a ese delito. Empero, por lo general, la consunción del tipo de peligro en el de lesión, se obtiene por vía de exégesis comparativa y sistemática de los tipos aparentemente concursantes.

2) Ello lleva a que aun cuando la ley disponga aplicar las penas de los tipos que aparezcan concursando, no será válido aplicarla sin cortapisas en un tipo de peligro frente a uno de lesión. Porque cuando haya consunción, donde todas las personas que sufrieron el peligro de su bien tutelado de manera general por el tipo, hayan padecido la correspondiente lesión del mismo bien jurídico, prevista en otro tipo, no habrá razón para aplicar la regla de doble punibilidad, porque con ello se recalificará la misma conducta con transgresión del principio “non bis in idem” que deriva del artículo 23 Constitucional.

3) Lo expuesto hasta aquí también pone en evidencia que, aunque la consunción de un tipo de peligro en uno de lesión opera cuando se trata del mismo bien jurídico y titular, estos no son los únicos casos en los que por regla general aplica el principio consuntivo.

En efecto, ya se dijo que un tipo será consuntivo cuando encierre material o desvalorativamente a otro. Por ejemplo, la salud y la vida humanas son bienes jurídicos distintos, protegidos en los tipos de lesiones y de homicidio. Empero, el homicidio presupone la acción de dañar la salud del pasivo, con cuyas lesiones se le priva de la vida: motivo por el cual el homicidio desplaza por su gravedad a la ofensa menos severa de las lesiones que se le hayan inferido a la misma persona.

### 3. Tipo consuntivo de lesiones múltiples frente a uno de lesión única

1) El principio de consunción abarca al tipo de lesiones jurídicas múltiples que comprenda a uno de lesión única. Por ejemplo, el robo en casa habitada absorberá al allanamiento de morada, o el robo con violencia consumirá al de lesiones. Aunque en esos eventos se discute si en –en sentido estricto– atañerían más al principio de especialidad. Respecto al encerramiento material o de desvalor de la lesión de un bien jurídico que prevea un tipo, frente a la de otro bien distinto, pero dependiente de aquél, que contemple otro tipo, es claro el criterio de la tesis de rubro siguiente: TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES, ABSORCIÓN DE LOS DELITOS DE.<sup>87</sup>

2) Por ello, también hay tipos penales incompatibles, donde la concreción de uno consume al restante aun cuando aparentemente contemplen lesividades diferentes, porque la contenida en uno de los tipos concursantes ya encierre el desvalor lesivo que implica el otro. Ya que el criterio de la consunción presupone –subraya Bettiol– una actividad compleja que se desenvuelve en el tiempo, pero unitaria desde el punto de vista social valorativo, la cual en su desarrollo viola varias normas, en una de las cuales están perfectamente contenidas las otras.<sup>54</sup> Como puede advertirse de las tesis de rubros siguientes:

VIOLENCIA FAMILIAR Y LESIONES AGRAVADAS. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL SEGUNDO DELITO QUEDA SUBSUMIDA EN EL PRIMERO EN RAZÓN DEL BIEN JURÍDICO QUE TUTELAN.<sup>88</sup>

RESISTENCIA DE PARTICULARES A UN MANDATO JUDICIAL Y LESIONES CALIFICADAS. AL TRATARSE DE UN CONCURSO APARENTE DE NORMAS DEBE SANCIONARSE CON LA DISPOSICIÓN SUSTANTIVA, QUE PROTEGE EL BIEN JURÍDICO DE MAYOR VALÍA QUE ABSORBE AL DE MENOR ALCANCE, ATENDIENDO AL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN.<sup>89</sup>

3. De ahí que no haya razón para sostener que la consunción sólo se daría cuando uno de los tipos describa un estadio inferior de la violación, pero nunca cuando se trata de bienes jurídicos distintos. Pues la consunción de un tipo en otro que contemple la lesión a un bien jurídico distinto al bien cuya afectación prevea el primero: siempre será posible en la medida que el tipo consuntivo involucre o admita la concreción del tipo subsumible en aquél absorbiendo su lesividad, o bien cuando la primera conducta en realidad no haya ocasionado la lesión que supone el tipo. Si alguien falsifica un documento sin que afecte la fe pública porque sólo lo emplea para engañar en un fraude y sin que el documento haya salido antes al tráfico jurídico general, la falsificación del documento y su uso quedarán subsumidos en el fraude cometido con tal medio engañoso.

En tal caso será inaplicable lo dispuesto en el art. 251 del CPF, en el sentido de que: “Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título, se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente”. Simplemente porque si la falsificación y uso del documento falso no afectó la fe pública como bien jurídico tutelado,

87 No. Registro 908,042, Tesis aislada 3101, Primera Sala, Apéndice 2000, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Penal, P.R., p. 1445.

54 Diritto Penale, p. 420.

88 Registro No. 169162, Tesis I.9o.P.71 P., Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1911.

89 Registro No. 179761, Tesis I.6o.P.75 P., Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1437.

no puede dar pie a ese delito, sino solo al de fraude, en tanto que aquellas conductas solo se realizaron como el medio engañoso en el fraude.

#### 4. Consunción del delito “medio” en el delito “fin”

1) Y es que otro criterio para decidir si hay consunción, radica en que uno de los delitos tolere como “medio” la comisión de otro como “fin”, que absorba la lesividad de aquél. Enlace que se da porque el tipo fin presuponga o admita, según su descripción, la previa comisión de otro delito como “medio” para poder cometer el delito “fin”, o bien porque este consuma la lesividad iniciada desde el primero. En tales eventos, la primera conducta típica no será autónoma, sino que estará vinculada por aquella relación de medio a fin, que da la base para que el delito medio quede consumido por el delito fin. Así se pone de manifiesto en las tesis de rubros siguientes:

BANCOS. FRAUDE Y FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN PERJUICIO DE. ARTÍCULOS 99 Y 113, DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.<sup>90</sup>

USO DE DOCUMENTO FALSO Y FRAUDE. CASO EN EL QUE EL PRIMERO SE SUBSUME EN EL SEGUNDO.<sup>91</sup>

DAÑO EN LOS BIENES, DELITO DE. NO CONFIGURADO COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO.<sup>92</sup>

ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. SE SUBSUME EL SEGUNDO DELITO EN EL PRIMERO CUANDO LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ESTE ÚLTIMO REPRESENTA EL MEDIO COMISIVO PARA LOGRAR EL APODERAMIENTO VIOLENTO DEL BIEN SIN IMPORTAR LA FUERZA MATERIAL EMPLEADA PARA ELLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).<sup>93</sup>

POSESIÓN DE PRODUCTO DE ROBO, DELITO DE. CASO EN EL QUE ESTE ILÍCITO QUEDA SUBSUMIDO EN EL DE DESMANTELAMIENTO DE VEHÍCULO ROBADO.<sup>94</sup>

2) También es posible que el principio de consunción del delito medio en el delito fin opere de manera combinada con los principios de especialidad y teleológico –que en realidad implican al mismo principio de consunción–. Como se aprecia en la tesis siguiente: DELITO CONTRA EL CONSUMO Y LA RIQUEZA NACIONALES. DEBE SUBSUMIRSE AL DE ROBO EQUIPARADO.<sup>95</sup>

3) Empero, como enseñó Jiménez, cabe precaver, “...la relación de medio a fin no siempre se resuelve con la consunción del delito de tránsito en el delito fin. La consunción sólo se produce cuando el de tránsito es necesario en el caso para consumir el delito fin y, además, el delito de paso no tenga significación jurídica diversa de la que representa el delito fin”.<sup>96</sup>

De ahí que matar al vigilante que custodia la casa, para removerlo como obstáculo que impide robar en su interior, no queda consumido en el delito fin. En cambio, la conducta de quien se aprovecha de un título de crédito firmado en blanco, sí es absorbida por el tipo de fraude procesal, si el agente llena el título y entabla proceso judicial para exigir su cumplimiento. Así se señala en la tesis siguiente: FRAUDE PROCESAL Y FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. NO PUEDEN COEXISTIR.<sup>97</sup>

4) Ciertamente hay tipos penales cuya relación parecería ser excluyente, es decir, donde la concreción de uno consumiría al restante en virtud de que éste sería un delito tránsito hacia el delito fin: pero que en realidad son compatibles entre sí y su concreción da pie a un verdadero concurso de delitos, porque una y otra encierran lesividades diferentes, sin que la concretada en uno de los tipos delictivos concursantes encierre desvalorativamente a la que implica el otro delito que igual resulta cometido. Como sucede cuando alguien falsifica un documento público y lo expone al tráfico jurídico general, afectando así a la fe pública y luego lo aprovecha como medio para cometer un fraude en perjuicio del patrimonio de una persona. O cuando alguien porta un arma prohibida sin que

---

90 Registro No. 204428, Tesis: XVI.2o.3 P., Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 477.

91 Registro No. 204847, Tesis VII.P.11 P., Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 283.

92 Registro No. 203577, Tesis II.2o.P.A.17 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 507.

93 Registro No. 175771, Tesis III.2o.P.188 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1908.

94 Registro No. 195244, Tesis I.1o.P.49 P., Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VIII, noviembre de 1998, p. 557.

95 Registro No. 188626, Tesis VI.1o.P.118 P., Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1110.

96 Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 207.

97 Registro No. 195596, Tesis de jurisprudencia VII.P.J/33, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998, p. 1090.

sólo lo haga para robar, y eventualmente cometa con ella un latrocinio. Lo cual también puede advertirse en las tesis de rubros siguientes:

RAPTO Y VIOLACIÓN, ACUMULACIÓN MATERIAL EN LOS DELITOS.<sup>98</sup>

PECULADO Y FALSIFICACIÓN, COEXISTENCIA DE LOS DELITOS DE.<sup>99</sup>

#### 5. Consunción de la primera lesión sobre la aparente lesión posterior

1) Más la relación consuntiva no solo existirá cuando haya vinculación de medio a fin entre los delitos concursantes en apariencia, o bien porque la concreción de un tipo encierre desvalorativamente la de otro que aparenta concursar. Ya que también puede existir consunción cuando el agente, después de concretar el tipo consuntivo realiza otra conducta aparentemente típica respecto del objeto protegido, cuya disponibilidad por el titular se afectó desde la concreción del tipo consuntivo. Jiménez Huerta apunta "...estos actos posteriores se traducen: a) en hechos violentos para proporcionarse la huida o retener lo robado; b) en actos destructivos de objetos obtenidos delictivamente; y c) en actos fraudulentos realizados para alcanzar una utilidad con las cosas obtenidas por la realización de un delito anterior".<sup>100</sup>

En tal sentido es pertinente citar las tesis de rubros siguientes:

ROBO. LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO PREVISTA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 371, COMO LA ESTABLECIDA POR EQUIPARACIÓN EN EL ARTÍCULO 374, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO PUEDE ACTUALIZAR UN MISMO DELITO.<sup>101</sup>

TRASLADO DE VEHÍCULO ROBADO. NO COEXISTE CON EL DE ROBO DE AUTOMÓVIL, CUANDO SE ATRIBUYEN AL ACTIVO AMBAS CONDUCTAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).<sup>102</sup>

DESMANTELAMIENTO, POSESIÓN O COMERCIALIZACIÓN DE PARTES DE VEHÍCULO ROBADO. NO ES VÁLIDO SANCIONAR DICHAS ACTIVIDADES ACUMULADAMENTE COMO CONDUCTAS AUTÓNOMAS, SI SON REALIZADAS POR EL PROPIO AUTOR DEL DELITO DE ROBO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS VIGENTE A PARTIR DEL 7 DE MARZO DE 2002).<sup>103</sup>

DESPOJO. EL APODERAMIENTO DE FRUTOS DEL INMUEBLE OCUPADO ES CONSECUENCIA DE AQUEL DELITO, POR LO QUE NO SE CONFIGURA EL DELITO DE ROBO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ Y JALISCO).<sup>104</sup>

ABIGEATO. CASO EN QUE LA MARCACIÓN O SEÑALAMIENTO DE GANADO SE SUBSUME EN LA HIPÓTESIS GENERAL DE ESE DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).<sup>105</sup>

2) En todos los casos de las tesis citadas subyace un elemento común: la lesión al bien se consumó desde la primera acción; por lo que de sancionarse la segunda conducta aparentemente típica que verse sobre el objeto cuya disponibilidad se perdió en la primera, aparejará recalificar la subsecuente por una lesión consumida desde la primera acción. Por ello, la disposición del objeto del delito, como acto posterior, está íntimamente relacionada con lo expuesto; porque cuando se destruye la cosa robada no habrá una nueva lesión, ya consumada desde el latrocinio. Y es que, si en un robo la lesión al bien se materializa en el apoderamiento del objeto ajeno, tal conducta que es ya punible, de ordinario no debe también serlo el acto posterior que agota al delito ya consumado.

#### IV. Principio Teleológico

1) Dentro del principio de especialidad se halla implícito el principio teleológico, aludido en el artículo 24 de la Iniciativa, donde se dispone:

98 No. Registro: 293,172, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIX, p. 114.

99 No. Registro: 259,295, Primera Sala, S.J.F., Sexta Época, Segunda Parte, XCVIII, p. 69.

100 Idem.

101 Registro No. 185894, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002. P. 1442.

102 Registro No. 188920, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: S.J.F. y su Gaceta. XIV, agosto de 2001, p. 1444.

103 Registro No. 178753, Tesis aislada XVIII.2o.14 P., Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1397.

104 Registro No. 190653, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 32/2000, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 138.

105 Registro No. 192913, Tesis VII.2o.P.4 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 948.

“Cuando dos normas capten aparentemente la misma situación, la especial prevalecerá sobre la general, con inclusión, en su caso, del tipo penal que contemple o implique elementos subjetivos específicos, ya sea un móvil, o cierto conocimiento o fin del agente, que especialicen al tipo frente a otro”.

2) El elemento especializante consiste en el fin del agente respecto a los elementos objetivos del tipo de que se trate. Incluso, en casos donde parecería que los elementos especializantes sólo serían de índole objetiva, como las calidades de los sujetos activos y pasivos en el parricidio y el infanticidio respecto al homicidio, en realidad lo que en última instancia decidirá el tipo aplicable será el dolo del agente.

3) Justamente es posible que sea inaplicable el tipo penal especial debido a que en el caso falte el elemento subjetivo que lo especializa: de tal modo que la conducta sea subsumible en el tipo básico. En estos eventos, el tipo básico subsidiariamente conserva su validez para aplicarlo al hecho que, al ser subsumible en aquél, la adecuación fracase respecto a su encuadramiento subjetivo en el tipo especial. Por ejemplo, cuando el sujeto activo haya ignorado al realizar su conducta, que la víctima era su padre o su hijo, lo cual excluirá la concreción de los tipos de parricidio y filicidio, dando paso al homicidio. Más también podrá darse tal fenómeno en ciertos casos de error vencible de tipo, donde prevalezca la aplicación de un tipo penal distinto al tipo doloso con el que parece concursar.

Por ejemplo, la violación de un incapaz mental, sin saber de su condición no impide la concreción del tipo de violación, pero sí imposibilita su modalidad agravante por la calidad del sujeto pasivo. El error sobre alguna calidad del sujeto que atenúe la pena, podrá ser relevante para excluir el dolo del tipo penal básico y sancionar el hecho con la punibilidad del tipo penal privilegiado. Por ejemplo, la madre que mata al pequeño creyendo equivocadamente que tiene menos de 24 horas de nacido. (Infanticidio). Supuesto en el que el dolo de infanticidio absorbe al de homicidio y beneficia al sujeto con la penalidad atenuada (solución que se adopta en el artículo 52-VIII-4 del proyecto).

4) A veces, es también el fin del autor, el que decide cuál tipo es aplicable de los que parecen concursar. Así sucede con las lesiones que ponen en peligro la vida y el homicidio en grado de tentativa, pues la concreción de uno o de otro dependerá del fin de lesionar o de matar que haya tenido el agente al realizar su acción. Para decidir si se trata de robo o robo de uso, será menester establecer si el sujeto activo quiso apropiarse de la cosa de que se apoderó, para comportarse respecto de ella como si fuera dueño, o si simplemente la tomó para usarla por un tiempo. Como también cuando la conducta descrita en los tipos penales recaiga sobre el mismo objeto, donde será el fin que presida la acción el que deslinde cuál de aquellos es aplicable, según se advierte en las tesis de rubros siguientes:

SALUD, DELITO CONTRA LA. TENTATIVA DE SUMINISTRO Y NO POSESIÓN.<sup>106</sup>

TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS. LA CONDUCTA PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, CUANDO SU FINALIDAD ÚLTIMA ES LA DE LLEVARLOS A INTERNARSE A OTRO PAÍS, NO PUEDE COEXISTIR SIMULTÁNEAMENTE CON LA DEL SEGUNDO PÁRRAFO CONSISTENTE EN TRANSPORTARLOS POR TERRITORIO NACIONAL CON EL FIN DE OCULTARLOS PARA EVADIR LA REVISIÓN MIGRATORIA, YA QUE EL HECHO DEL TRANSPORTE DEBE SUBSUMIRSE A LA CONDUCTA DE INTERNARLOS A OTRO PAÍS Y NO CONSTITUIR AQUÉL UN DELITO AUTÓNOMO.<sup>107</sup>

## V. Principio de subsidiariedad

### 1. Premisas

1) Las opiniones ante el principio de subsidiariedad son contradictorias. Unos autores le niegan autonomía y lo estiman una especie de consunción,<sup>108</sup> o bien lo aprecian como un caso de especialidad.<sup>109</sup> Otros le dan relieve propio, como Soler.<sup>110</sup> Y hay autores que aun cuando dan validez a la subsidiariedad, sólo admiten la expresa y niegan la posibilidad de subsidiariedad tácita. En tanto que otros aceptan la relación de subsidiariedad en sus formas expresa y tácita, dándole independencia de los demás principios ya estudiados.

En el artículo 13-III del CPDF, se reconoce el principio de subsidiariedad, donde se preceptúa:

106 Registro No. 197018, Tesis VI.2o.204 P., Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 1173.

107 Registro No. 173642, Tesis XX.1o.142, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 1407.

108 Edmundo Mezger, Tratado, II, op. cit., p. 385.

109 F. Antolisei, Derecho Penal, op. cit., p. 260 y ss.

110 Sebastián Soler, Derecho Penal, T. II, op. cit., p. 194 y ss.

“(Principio de... subsidiariedad). Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: III. La principal excluirá a la subsidiaria”. Postura que también se adopta en el artículo 24 del proyecto, en el cual se precisa: “... [la] principal excluirá a la subsidiaria, salvo que la primera resulte inaplicable.

2) De ello se sigue, según Pavón, que “...la aplicación de la norma subsidiaria opera únicamente cuando no es posible aplicar la norma principal, existiendo entre ambas una relación de mayor y menor, fundamental y secundaria, principal y accesoria: en función de contener una de ellas, por sus elementos constitutivos, un mayor poder de protección en cuanto al bien jurídico tutelado por ambas”.<sup>111</sup>

Visto así el principio, Pavón destaca “...el carácter condicional de la aplicación de la norma subsidiaria, surgido de su entidad secundaria en la prevención y punibilidad de la conducta o del hecho”.<sup>112</sup>

Federico Puig Peña apunta “...un determinado tipo penal sólo entra a modo de reserva, y para el caso especial de que otro tipo más grave no pueda operar, siendo, pues, preceptos de segundo grado u orden colocados, por así decirlo, detrás de la norma principal, para sólo aparecer cuando ésta no puede actualizarse”.<sup>113</sup> Y Soler enseña: “...las figuras subsidiarias se refieren a una posible “responsabilidad remanente”, después de eliminarse por cualquier causa la pena del hecho. Una figura es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación está condicionada a que no sea aplicable otra figura (subsidiariedad expresa), o cuando una figura entra en la composición de otra como elemento constitutivo o agravante y no como delito-tipo (subsidiariedad tácita)”.<sup>114</sup>

## 2. Subsidiariedad tácita

1) Según concibe Soler la subsidiariedad “tácita”, ésta podría estar comprendida en los principios de especialidad y consunción. A menos que a tal principio se le plantee como la inversión de aquellos principios. Esto es, en la medida en que, por cualquier causa, no se concrete la norma especial o consuntiva, quedará como remanente la norma genérica, que de otro modo habría sido captada por la norma especial o bien absorbida por la norma que implica la ofensa más grave.

Si el agente allana el domicilio ajeno para robar y toma la cosa propia que cree ajena, la inoperancia de la norma principal (especial o consuntiva) consistente en robo en casa habitada no impide aplicar en forma subsidiaria, el tipo de allanamiento de morada. El ejercicio ilegal de la medicina, dice Soler, puede subsistir como punible, a pesar de no serlo como tal un homicidio culposo [que sería agravado en virtud de aquella circunstancia].<sup>115</sup> En el sentido apuntado cabe citar la tesis de rubro siguiente: ALLANAMIENTO DE MORADA, ES DELITO AUTÓNOMO.<sup>116</sup>

2) Ahora bien, se argumenta que los problemas apuntados en realidad se resuelven con los principios de especialidad, subsunción o teleológico aplicados en sentido contrario, sin que parezca necesario acudir al llamado principio subsidiario, ni siquiera con el argumento, como expone Pavón, de que: “...la aplicación de la norma principal o primaria no opera ningún fenómeno de consunción, ya que la norma subsidiaria en manera alguna es “absorbida” por aquélla, ya que simplemente “desaparece” por ser “inoperante” en el caso particular”.<sup>117</sup> Simplemente porque tal precisión para significar el referido principio, no aporta nada nuevo que no pueda solucionarse con la exégesis en sentido contrario de los principios de especialidad, subsunción o teleológico.

3) No obstante lo dicho: ¿qué necesidad hay de acudir a una exégesis en sentido contrario, si los problemas de “subsidiariedad tácita” pueden solucionarse enunciando el principio de subsidiariedad en dos frases cortas: “Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: III. La principal excluirá a la subsidiaria, salvo que la primera no se actualice.”

## 3. Subsidiariedad expresa

1) Por norma subsidiaria también se entiende aquella que sólo entra a modo de reserva para cuando otro tipo no pueda operar, misma que puede ser “expresa”, porque la ley disponga que quepa aplicar un precepto en defecto del que ya no sea aplicable, donde es claro que la norma que resulta aplicable será “subsidiaria” de la que fue inoperante.

Así sucede, por ejemplo, con el retorno en la tentativa, donde los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF disponen que “si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a aquél se refiere, «a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente», en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste”.

<sup>111</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 64.

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> F. Puig Peña, Colisión de Normas Penales, Barcelona, Editorial Bosch, 1955, p. 73.

<sup>114</sup> Sebastián Soler, T. II, op. cit., pp. 192-193.

<sup>115</sup> Idem., p. 194

<sup>116</sup> No. Registro: 211,070, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XIV, julio de 1994, p. 418.

<sup>117</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 64.

## BASES PARA LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO

## A. PREMISAS

1. Las pautas que se deducen de las normas positivas se consideran como «dogmas», es decir, como manifestaciones de la voluntad legal. Y, por tanto, con pretensión de validez general. Mas si en la ley penal se quiere seguir una ruta garantista y apegada a la realidad en que incidirá, se tratará de fijar en esos marcos las normas penales, sus presupuestos, vínculos y consecuencias, para establecer qué es lo que se quiere castigar y cómo quiere hacerlo, ajustando esos extremos a límites y principios derivados de los derechos humanos y garantías contemplados en la Constitución y convenios internacionales.

Si en la tarea de concebir el delito, el legislador se aparta u opone a los derechos fundamentales que se erigen como límites al poder penal, estará elaborando un concepto del delito ajeno a las fuentes más importantes del Derecho Penal, como son la Constitución y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, con el riesgo de erigir un Código Penal divorciado de los cotos al poder penal que surgen de las normas fundamentales.

## B. CATEGORÍAS BÁSICAS DEL DELITO

1. En la moderna dogmática del Derecho penal existe el acuerdo de que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica y culpable. Por tanto, toda conducta punible al menos presenta los siguientes elementos: ser típica, antijurídica y culpable. Aunque a ellos pueden añadirse –solo en ciertos y reducidos casos– otros presupuestos de punibilidad.

2. Ahora bien, aun cuando la opinión doctrinal dominante en México se pronuncia en el sentido de que el delito no se debe definir legalmente. Pues se dice "que las definiciones son siempre síntesis incompletas de lo que se trata de definir". No obstante, se consideró que las ventajas de la inclusión legal de un concepto de delito, superan a los inconvenientes. Al darse un concepto legal, éste sirve como guía y directriz al intérprete en la comprensión de lo que la ley considera como delito. Amén de que compromete la labor de la interpretación judicial. Pues el juez debe encausar su indagación a través del concepto legal dado. El concepto legal de delito se constituye así en garantía de seguridad jurídica para el destinatario de la norma.

Por lo tanto, en el artículo 27 de la Iniciativa se da un concepto sustancial, analítico y lógico del delito. Al concebirlo como: "La conducta típica, antijurídica y culpable, a la cual se le atribuye una o varias penas".

El concepto es sustancial y no formal. En virtud de que no sólo se cualifica al delito por la punibilidad de la acción u omisión, como se hace en otros códigos. Además, se precisa cada uno de los elementos que hacen punible a la conducta: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Es también concepción analítica. Porque al enunciar los elementos del delito, invita a que se les desglose. Y, por ende, que se examine el contenido e implicaciones jurídicas y prácticas de cada uno de ellos.

La ausencia de alguno de ellos da lugar a las excluyentes de delito. Las que, a diferencia de la mayoría de los códigos penales, en el proyecto no se regulan en un sólo artículo, sino en varios. En los que se destacan por separado y en forma metódica los elementos positivos de cada categoría del delito y a las causas que los excluyen. Así, se conceptúa a la conducta y a las causas de ausencia de conducta; a los elementos de los tipos penales, a la tipicidad, y a las causas de atipicidad; a la antijuridicidad y a las causas de licitud (o de justificación); y, por último, a la culpabilidad y a las causas de inculpabilidad.

Finalmente, es un concepto de orden lógico. Cuenta habida que la indagación de los elementos y subelementos que se incluyen en el concepto se debe evitar hacerla en forma desordenada. Sino conforme a la secuencia expositiva que se da de ellos en sus fórmulas legales. Aspectos que comprometen al jurista -y al juez en especial- a seguir un método para el estudio y determinación de un delito concreto.

3. El presente proyecto del código penal, siguiendo a su predecesor, aunque de manera más completa, presenta así al intérprete y al juzgador una guía legal no sólo de lo que se entiende por delito, sino el significado de sus elementos y sus principales implicaciones jurídicas e interrelaciones para dar más certeza legal de cuándo hay o no hay delito.

Ya Jiménez Huerta reflexionó hace más de cincuenta años:

“Que forzosamente los glosadores de nuestro tiempo tendrán que reconocer lo errado de creer que enunciar en la ley a los elementos positivos del delito, significaría limitar la función de la interpretación e incluso cercenar la existencia y realidad del Derecho”.

Pues en verdad, decía el ilustre tratadista:

“cuando la técnica jurídica alcance su total plenitud, las leyes penales del futuro remoto contendrán sólo el aspecto positivo o constitutivo que integra el concepto de delito; correspondiendo a la interpretación judicial extraer las consecuencias que en cada caso se deriven de la inexistencia de sus constitutivos elementos”.<sup>118</sup>

Las citadas categorías básicas –acción típica, antijurídica y culpable– ya le dan a la estructura del delito cierto grado de orden y de principios comunes. Y aunque en la doctrina todavía se discute cual es el contenido conceptual y la interrelación entre aquellas categorías. Donde según los distintos puntos de vista de los que se parta, cada una de esas categorías se presenta con un aspecto diferente que influye de manera distinta en la solventación de cuándo una conducta es o no delito, o cuáles son las consecuencias del significado de la categoría de que se trate, en el proyecto se optó por solventar esas discrepancias bajo una óptica garantista, para mayor seguridad jurídica.

Sentado lo anterior, cabe examinar las categorías o elementos del delito, según se conciben en el proyecto.

#### APARTADO CUARTO

### LA CONDUCTA COMO LÍMITE A LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO

#### PRIMERA PARTE

### LA CONDUCTA COMO EJE DE LOS DEMÁS ELEMENTOS DEL DELITO

#### SECCIÓN PRIMERA

##### A. NO HAY DELITO SIN CONDUCTA

1. El principio no hay delito ni pena sin ley –que deriva de los artículos 1º, 14, 16, 19 y 20 Constitucionales–, también sirve para inferir el principio de no hay delito ni pena sin conducta. Y no podría ser de otro modo, pues el poder penal se ocupa de establecer normas que prohíben y sancionan de la forma más enérgica ciertas conductas de las personas. Por tanto, en un estado de derecho que respete la dignidad del ser humano (artículo 1º C.), un Código Penal debe destacarse por la consideración a los datos reales de las conductas de sus portadores que prohíba en la misma ley penal, a efecto de imputarles las consecuencias penales que ella les adscribe.

2. De ello primero se obtiene que el legislador deba evitar conceptos artificiales de conducta en la codificación penal. Y enseguida, que el legislador debe especificar legalmente –con claridad y precisión– las conductas que prevea como delitos, en virtud de la garantía de legalidad del artículo 14 Constitucional. Más de aquello también se sigue que el juzgador cuando aplique normas penales concernientes a un delito, debe rechazar criterios teóricos que desatendan los datos reales de la conducta que le den sentido al tipo penal de que se trate, aunque tenga que modularla, sin desnaturalizarla, con las exigencias normativas del mismo tipo penal y, en su caso, según los demás elementos del delito.

3. Las nociones artificiales de conducta o en desatención de sus portadores, motivan soluciones jurídicas ajenas a la realidad de las conductas prohibidas en los tipos penales y, por tanto, arbitrarias. En suma, derivan en concepciones del delito extrañas a principios de un estado de derecho que respeten la dignidad del ser humano, al desatender los datos reales de su comportamiento como objeto de prohibición penal.

##### B. CONSIDERACIONES GENERALES Y TERMINOLOGÍA

1. La conducta es el primer presupuesto de punibilidad que enuncia el artículo 24 del proyecto del Código Penal. Y a su vez tal artículo establece que “la conducta podrá tener relevancia penal cuando se manifieste a través de una acción u omisión en las que medie voluntad”. Nótese así que el artículo citado provee los datos esenciales de una conducta que puede ser penalmente relevante. Y, sin embargo, algunos causalistas pretenden fincar la noción dogmática de conducta, en una deformada interpretación en sentido contrario de la excluyente de delito del artículo 15-I del CPF, en relación con el artículo 7º de ese código –y ahora sería también del artículo 29-I del CPDF, en relación con el artículo 15 de ese código–, al reducir la voluntad a una idea artificial de lo que aquella significa respecto al acto u omisión.

Cuando en realidad, tan del artículo 24 de la Iniciativa, al igual que de la reconstrucción que se hace de los artículos 7º del CPF y 15 del CPDF, en relación con las fracciones I de los respectivos artículos 15 y 29 de esos códigos, ya se obtiene una condición esencial que debe poseer todo comportamiento humano para «poder» ser penalmente relevante, como es que esté presidido por la «voluntad». Y resulta que entre los conceptos de voluntad que da el Diccionario de la Lengua, está el de: “...intención, ánimo o



resolución de hacer una cosa”.<sup>119</sup> El cual contradice la pretensión teórica causalista de que la voluntad sólo debería entenderse como «determinar un movimiento o la inertitud corporal».

2. Por otra parte, el Proyecto emplea la voz “conducta” cuyo contenido conceptual recoge a la acción y omisión, según lo establece el artículo 24 del mismo Proyecto. Empero, la voz “conducta” ha sido objeto de crítica por algunos juspenalistas. Entre ellos se inscribió Sebastián Soler, quien por temor al abuso político que podía hacerse de dicha expresión, expuso que:

“La palabra conducta, en cuanto expresa el fluir indiferenciado y permanente de la acción humana sobre el mundo, es un concepto peligroso, porque nosotros construimos nuestras figuras no sobre la base de conductas, sino sobre la base de acciones definidas con verbos diferentes en cada caso. El delito es acción humana, no es el comportamiento fluente temporal no cortado”.<sup>120</sup>

Y más adelante puntualizó: “Es verdad que el vocablo ‘acción’ exige, a veces, ciertas aclaraciones con respecto a la omisión; pero la palabra ‘conducta’ crea peligros y oscuridades de naturaleza política que a mí me parece preferible evitar”.<sup>121</sup> Sin embargo, aunque válidos en principio los temores del tratadista argentino, a la postre no se justifican, si se tiene presente que la conducta no es un elemento aislado del delito, ya que para efectos del delito, la conducta siempre se conecta a –y acota por– el contenido de los demás presupuestos de la pena. Y, por tanto –en su primera conexión lógica-jurídica– por el tipo penal: de tal suerte que en el mundo de relación sólo serán conductas penalmente relevantes las que se ajusten a las específicas conductas descritas en cada tipo penal.

### C. POSTURAS SOBRE LA CONDUCTA QUE PUEDE SER PENALMENTE RELEVANTE

En el contexto expresado, no cualquier movimiento o inertitud de una persona pueden ser penalmente relevantes. Sólo pueden serlo los que, según se deduce en sentido contrario de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF, y conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Iniciativa, se manifiesten en una acción u omisión en las que medie voluntad. Así, para que una conducta pueda ser penalmente relevante, requiere: 1) La manifestación externa de un comportamiento que se aprecie como acción u omisión. Y, 2) La voluntad en el comportamiento. Estas son las condiciones que se fijan como necesarias para que la conducta “pueda” ser penalmente relevante, cuyos efectos jurídico-penales están por verse.

#### I. La conducta ciega

1. El concepto de conducta que adoptó la doctrina mexicana respecto al CPF de 1931, facilitó una afiliación clara al “causalismo” en su corriente psicologista. La conducta no sería más que un comportamiento corporal, determinado por la voluntad, cuyo contenido y función jurídica-penal no concernía a la conducta, sino a la culpabilidad. Teoría ésta que, con sus variantes normativistas, prevaleció en México durante los primeros noventa años del siglo XX. Además, cabe apuntar que el CPF de 1931 y los códigos penales que le siguieron, en realidad asumieron una postura ecléctica en relación con la concepción del delito y de la pena.

Ella osciló entre aquella corriente causal psicologista-normativista y la positivista. Ésta daba preferencia al autor –y no a la conducta–, fundando la medida de la pena en la peligrosidad del delincuente. El delito no era más que un signo de la peligrosidad de quien lo cometía. Dichas ideas –aunque no se haya querido así–, en su conjunto contribuyeron a orientar a la ley penal mexicana a posturas autoritarias, mismas que partían de una concepción alejada de los datos reales de la conducta humana que le den sentido en cada categoría del delito y de los límites de la intervención del Estado frente a aquélla, viabilizando un ejercicio desmesurado de la potestad punitiva.

2. En efecto, como corriente doctrinal de dominio casi absoluto en México en esa época, el causalismo redujo la voluntad –como elemento de la conducta–, sólo a la facultad psíquica que tiene una persona para determinar su comportamiento corporal, de forma activa o pasiva. En tal sentido, se entendió que las formas de acción o de omisión eran manifestaciones objetivadas de la voluntad. Es decir, sólo interesaba la voluntad objetivada en esas formas externas. Mas sin que a efectos de la conducta importara el contenido de fin que encerrara la voluntad (y menos el conocimiento de lo que se hacía o dejaba de hacer). Ese fin (y ese conocimiento) podrían pertenecer al dolo o a la culpa como formas de la culpabilidad. Aunque nada de aquéllos podía considerarse para decidir acerca de la existencia de la conducta y de su tipicidad.

La voluntad que presidiría a la conducta era, pues, una voluntad ciega y cuasi-vacía. Ella aparejaba una noción tan rudimentaria que chocaba con los datos reales de la conducta, la cual presupone una voluntad de tal modo que pueda seguir teniendo sentido en los demás presupuestos de punibilidad, conforme a un Derecho Penal respetuoso de la dignidad del individuo (artículo 1º Constitucional), como portador de las conductas reguladas en los tipos penales. En la lógica causalista, «conducirse» significaba

---

<sup>119</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2012, España; <http://www.rae.es/>

<sup>120</sup> Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 8º Reimpresión total, Buenos Aires, Editorial Tea, 1978, t. I, pp. 244 y 245.

Además, en Reseña del Código Penal Tipo para Latinoamérica, Procuraduría General de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, p. 79.

<sup>121</sup> Ibidem.

comportarse en virtud de un «impulso psíquico». O, dicho de otro modo, para que existiera voluntad en una conducta, era suficiente con que el sujeto determinara un hacer o un no hacer, pero con abstracción del fin de su voluntad.

3. De esa manera, el causalismo partió de la idea original de dividir al delito en elementos objetivos y subjetivos. A la acción, la tipicidad y la antijuridicidad las identificó como elementos objetivos. De ahí que a la acción se le entendiera como voluntad objetivada que trasciende al exterior a través de un movimiento o la falta de él. La voluntad que se adscribió a la conducta fue así una voluntad sin contenido de fin. Porque sería suficiente la pura forma física que asumiera la conducta, a través del movimiento o la inercia del cuerpo determinados por un impulso de voluntad, mismas que de manera objetiva se adecuaran a un tipo penal, para así sostener la tipicidad de la conducta.

El causalismo concibió así a la conducta como una manifestación de voluntad ciega, limitada a determinar las formas externas del acto u omisión, sin que importara el contenido de fin de la voluntad ni menos aún el conocimiento de lo que se hacía u omitía a efectos del tipo penal, en tanto ello era materia del dolo o culpa como formas de la culpabilidad. Y de los que, sin embargo, en el CPF de 1931 —y en los códigos que le siguieron— se canceló el examen del primero, en virtud de una presunción legal de intencionalidad. Ésta subsistía, aunque se probara que el sujeto no quiso el hecho o erró sobre el mismo, o que desconocía la ley o su alcance, o creyera que su conducta era lícita o ignorara la punibilidad de la misma.

4. Si se considera lo anterior, es claro que las referidas posturas facilitaron el “versare in re illicita” y el “error juris nocet”, es decir, castigar por el resultado. En vez de atender a datos reales de la conducta humana como objeto de prohibición de las normas penales, en respeto a la dignidad (artículo 1º Constitucional) del portador del objeto regulado. Y si, además de ello, se remata con que legalmente la pena se fundaba en la peligrosidad del autor (derecho penal de autor) y no en la gravedad del hecho (derecho penal de acto, que se funda en los artículos 14 y 22 Constitucionales), muy bien podemos darnos cuenta —o al menos imaginarnos— los extremos autoritarios que facilitaron esas posturas dogmáticas.

## II. La conducta vidente

1. Ahora bien, es verdad que la construcción causalista del delito no deja de ser una concepción lógica. Más también lo es, que el concepto causalista de conducta —y de cuándo es típica—, es artificial. En tanto desconoce datos reales de la misma, a pesar de que el legislador atiende a ellos al describir las conductas que pune en los tipos, ya que ninguna exclusión hace de dichos datos reales que informan la voluntad, por el contrario, añade también el “conocimiento” de los elementos objetivos del tipo cuando define el dolo. Cuando el legislador establece que comete homicidio quien priva de la vida a otro, implica que la acción de matar a otra persona conlleva el conocimiento y fin de matarla. Y cuando describe el robo, supone que en la conducta que lo realiza existe el conocimiento y el fin de apoderarse de una cosa mueble ajena.

La noción causalista de una conducta ayuna de fin —y de conocimiento a efectos del tipo penal—, por ser artificial y bajo esa premisa pretender abarcar cualquier caso de conducta dentro del Derecho Penal —con lo cual le dio a aquélla una supradeterminación artificial objetiva, aplicable por igual a todos los delitos—, motivó soluciones deformes y arbitrarias en el ámbito de la tipicidad, ajenas a los datos reales de una conducta humana, según el sentido de ella en los tipos penales. Lo que también pugnaba con el significado de “voluntad”, pues ésta no quiere decir mero impulso psíquico que motiva un movimiento o inacción. Sino que la “voluntad” implica orientar un comportamiento hacia cierto fin, cuyas consecuencias son, pues, queridas, aceptadas, previstas o previsibles.

Idea que se corresponde con la concepción “finalista” de la conducta, distinta a la noción causalista. Para esta teoría, la voluntad es “ciega”. Y para la finalista, la voluntad es “vidente”. 122 El finalismo surge así de la crítica al causalismo. Aquél entiende a la “voluntad” que nutre a la conducta que puede ser penalmente relevante, como la facultad que tiene una persona para orientar su comportamiento con un sentido de fin. Es decir, el contenido de fin en una conducta, encierra una dirección consciente de la acción u omisión para configurar el mundo de relación.

Y dicho contenido de conocimiento y voluntad también encierra a la previsión o previsibilidad, según la experiencia del sujeto, de efectos concomitantes, ulteriores o accesorios distintos del fin, y que están ligadas a la acción por el medio o circunstancias en que se realiza: bien de manera necesaria o bien como posibles derivaciones de la acción. Así se pasa de una voluntad sin representación ni fin, a una voluntad con contenido, dirección y meta de lo que se hace. Pues esto último es lo que sucede en toda conducta humana, si se consideran sus datos reales que tengan sentido en la concreción de los tipos penales, en tanto éstos regulan conductas de seres humanos y no remedos de ellas.

2. Ahora bien el significado de la expresión “acción voluntaria” en el enfoque de la teoría finalista, va más allá del primer estrato del delito, en la medida que tales innovaciones impactan a los demás elementos del mismo. Las cuales aparejan cuestiones de profundas implicaciones jurídico-penales. Y como ya se pudo apreciar, antes no era así. En realidad, durante decenios dentro y

122 En relación con esta corriente ver Busch, Richard, op. cit. nota 12, pp. 63 y ss., Orellana Wiarco, Octavio Alberto, op. cit., nota 12, pp. 81 a 126, Fernández C., Juan, *Derecho penal fundamental*, pp. 205 a 357, y Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1976, pp. 84 y ss.

fuera de México, la dogmática penal se ocupó en escasa medida del concepto de acción. Dice Roxin que desde la monografía de Radbruch<sup>123</sup> en 1903, la acción debía reunir las mismas características válidas por igual para todas las formas de manifestarse el delito. Y al respecto apunta:

“Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina a la acción como «movimiento corporal voluntario»; ya se la defina como «causación de modificaciones en el mundo exterior»; o de cualquier otra manera. Si se pregunta: ¿qué aportan en la práctica esos conceptos al Derecho Penal? La respuesta ha de ser siempre la misma: Nada”.<sup>124</sup>

Y no podía ser de otro modo según la idea causalista de acción, porque el producto de un proceso de abstracción no puede contener más que su sustrato, y éste era casi hueco respecto a la voluntad. Así, abunda Roxin:

“...el concepto superior buscado a efectos sistemáticos, en el fondo sólo tiene valor estético-arquitectónico. Aunque se le suprima de la teoría del delito (como lo hizo Radbruch en sus trabajos posteriores) ello no tiene influencia en la solución de los problemas materiales del Derecho Penal. Teniendo en cuenta esta esterilidad práctica, se explica que durante mucho tiempo el concepto de acción tampoco constituyera un problema central en Derecho Penal. Y esa valoración era absolutamente correcta, pues lo que carece de importancia práctica tampoco debería ser una cuestión decisiva para la ciencia”.<sup>125</sup>

3. Por ello es importante comprender la llamada teoría finalista. Ella plantea un punto de partida radicalmente diferente. En tanto que el concepto «final» de acción como una «supradeterminación de los cursos causales que se dirige a una meta», no se visualiza como una abstracción de los tipos penales regulados legalmente. El concepto no se vincula a la ley positiva. Sino que se presenta con la pretensión de abarcar la «esencia de las estructuras lógicas del ser» que posee la acción. Véase a Welzel, creador de la teoría, en dos pasajes que reflejan la esencia de su pensamiento:

“...el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física; sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación; pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación. El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre, ni la función del dolo en ella; sino que, si las quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación”.<sup>126</sup>

Para más adelante añadir:

“...la estructura final del actuar humano, es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tengan la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden prohibir o mandar una conducta final”.<sup>127</sup>

4. El concepto de acción final no habría alcanzado su importancia si fuera sólo materia de conocimiento teórico sin tener secuelas prácticas. Como sucede con la noción causalista, que visualiza a la “conducta” como una determinación psíquica corporal sin contenido de fin. Pues mientras que de una noción así no se puede obtener nada para la praxis, salvo para los casos de falta de voluntad, ya que –emulando a Gimbernat– “...alguna importancia había de tener la pobre.”<sup>128</sup> En cambio, del fin de la acción (teoría finalista) se concibe una noción lógica-natural. Y de ella se deduce casi todo un sistema dogmático del delito, con numerosas soluciones a problemas. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad<sup>129</sup> según la cual la falta de conciencia de antijuridicidad deja intacto al dolo.

La teoría de la culpabilidad se apoya en un concepto ontológico de acción. Ésta consiste en la previsión del curso causal hacia el resultado aceptado por la voluntad. Y es en esa dirección donde radica el dolo, que es, por ende, idéntico al fin, según el contenido del tipo penal de que se trate. La antijuridicidad sólo se refiere a cómo valora el legislador la acción dolosa. Éste la podrá aprobar o desaprobado. Pero no puede cambiar el hecho de su dolosidad. Ello conlleva a que el dolo y la culpa pertenezcan al tipo con un contenido nuevo y a su vez suprimirlos de la culpabilidad. Y también involucra que las ideas del sujeto sobre la valoración de sus

123 Claus Roxin en Problemas Básicos..., op. cit., nota 14, p. 84.

124 Idem, p. 86.

125 Ibidem, pp. 86 y ss.

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

127 Idem, p. 59.

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

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

acciones carezcan de influencia sobre el dolo, aun cuando el tipo penal contenga expresiones normativas. Ya que tal valoración solo podría disminuir o excluir la culpabilidad.

El concepto finalista de acción también implica a la teoría estricta de la culpabilidad<sup>130</sup>, según la cual el dolo no se excluye por la suposición cierta o errónea de causas de licitud. Así, cuando se plantea la existencia de defensa legítima o incluso de una defensa putativa al inferir lesiones o privar de la vida a otro, es porque una persona actuó típicamente, Y para ello es preciso que haya actuado con dolo, es decir, con la voluntad de matar o de lesionar. La existencia del dolo en un homicidio es pues compatible con la defensa legítima y con la defensa putativa.

Asimismo, si se sigue esta teoría en toda su extensión, según Roxin queda excluida la participación en un hecho principal no doloso. ¿Por qué? Por lo siguiente, dice Roxin: “La participación presupone un hecho en el que participar. Ahora bien, si al ejecutor directo le falta el dolo, en sentido jurídico ni siquiera ha actuado con relevancia típica, y si no existe ninguna acción típica en la que se pudiera participar, ha de excluirse toda participación”.<sup>131</sup>

De ese modo aún cabe deducir muchas otras consecuencias, pero con lo que se expuso basta para advertir que son considerables los efectos jurídico-prácticos del concepto final de acción. Pues, de entrada, el dolo y la culpa se trasladan de la culpabilidad al tipo penal, colmando a la culpabilidad con un contenido diferente.

5. Ahora bien –se pregunta Roxin–: ¿realmente tiene el concepto de acción la importancia que le conceden los finalistas? Él apunta que las objeciones formuladas a la concepción finalista de acción, pueden orientarse en dos sentidos: 1°. Contra la idoneidad del concepto de acción como elemento sistemático de la teoría del delito. 2°. Pero también, contra su validez general de base ontológica y contra las soluciones que de ahí se derivan.<sup>132</sup> En el primer aspecto, Roxin aduce que el concepto final de acción no podría abarcar a los delitos culposos, a los delitos de olvido, a los hechos dominados por emociones o incluso al dolo eventual. Y aunque tales reparos parecen correctos, en realidad no lo son, como se verá luego.

Sin embargo, como puntualiza Roxin “...esas objeciones dejan intactas las consecuencias de la teoría de la acción, siempre que exista una conducta final en el sentido de esa teoría. Como ocurre la mayoría de las veces”.<sup>133</sup> Y que por lo general aplica a los tipos dolosos. Por lo que toca al segundo aspecto, a la afirmación de una lógica real preexistente, en cuya esfera –como opina Welzel– se encuentran los resultados permanentes del derecho natural:<sup>134</sup> se le crítica que el legislador es libre en sus regulaciones. En este sentido se manifiesta Larenz. Él acepta que el concepto final de acción es correcto ontológica o filosóficamente. Aunque nada impediría al legislador entenderlo con sentido jurídico distinto: sólo como *dolus malus* genérico. O que el legislador admita la participación en un hecho principal no doloso.<sup>135</sup>

Empero, cuando se afirma que el legislador es libre de dar cualquier concepto de conducta, se manifiesta un punto de vista sin fundamento. Y más aún, porque si a la conducta se le concibe artificialmente, se plantea una tesis que no respeta la dignidad del ser humano como portador del objeto regulado en la ley penal. Y porque si la acción tiene una esencia previa al orden jurídico, será muy difícil rechazar la conclusión de que, si el legislador o el juzgador no se atienen a aquélla, estarán tratando cosas distintas de las que creen prohibir y juzgar.

Al respecto es ilustrativa la metáfora de Roxin: Si un arquitecto no tiene en cuenta las leyes de la estática, la casa se vendrá abajo. ¿Porqué, pues, no habría de ser falsa una regulación jurídica de la conducta que desprecia las leyes naturales preexistentes que la rigen?

Por ello, la teoría finalista coloca a la persona en el centro de la teoría del delito. Y con ello se adapta a las realidades jurídico-penales. Toda vez que los procesos causales ciegos, desatienden los datos reales de las conductas típicas que tienen sentido para el Derecho Penal, y, por tanto, conducen a entendimientos deformes de la conducta para estimarla como típica, al imputar penalmente cualquier movimiento volitivamente determinado que encuadre en un tipo penal, a quien realizó tal clase de acción artificial.

Y un punto fundamental para corregir esas distorsiones, es el dolo en el nivel del tipo. En tanto que el dolo desempeña el papel de limitar el poder punitivo: al entender a la conducta típica según los datos de su realidad que le den sentido dentro del supuesto legal del hecho punible. De tal modo que sólo se concrete un tipo penal doloso, cuando sus elementos objetivos se realicen con voluntad y conocimiento de llevarlos a cabo. Por último, ciertas partes de la teoría del delito (como la problemática de la tentativa o la delimitación de la autoría y la participación) no pueden comprenderse bien si sólo se toma en cuenta el plano causal-objetivo. Y en todo ello consisten los méritos esenciales del finalismo.

---

130 Roxin, Claus, *Idem*, pp. 180 a 200.

131 Roxin, Claus, *Problemas Básicos...*, op. cit., nota 14, p. 89.

132 Roxin, Claus, *Problemas Básicos...*, op. cit., nota 14, p. 91.

133 *Idem*, p. 90.

134 Citado por Roxin, Claus, en *Problemas Básicos...*, op. cit. nota 14, p. 93.

135 Larenz, cit. por Roxin, Claus, *idem*, p. 91.

En suma, pues, el finalismo concibe a la conducta, como acción voluntaria con contenido de dirección final. Pero a la que considera en su aspecto ontológico y, por tanto, ajena a cualquier reflexión de valor.

### III. La conducta con alcance de su significación social

1. Así como el finalismo surge de la crítica al causalismo, el funcionalismo nace de la evaluación al finalismo. Roxin es uno de sus adalides, aunque en un sentido moderado, esto es, orientado por principios de un estado de derecho. En relación con el concepto de conducta, aquél puntualiza que en materia penal se trata de la concepción del injusto y no sólo de un concepto ontológico de acción anterior a los tipos penales. Ya que en éstos hay «contenidos de significación social» que no pueden entenderse como simple control final de factores causales. O al menos si es que en la conducta típica también se quiere incluir la comprensión de los elementos normativos de valor y desvalor que tiene y puede contener un tipo penal.

Por ello, para que el sujeto se conduzca con dolo, será preciso que actúe con la comprensión de todos los elementos objetivos, con inclusión de los normativos, del tipo penal de que se trate. De no ser así, el sujeto que no aprehende la ajenidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, ya no actuará en el sentido de robar o abusar de la confianza. La consideración, pues, de un dolo «neutro» referido al hecho, ontológicamente estimado, ajeno a cualquier apreciación de valor que involucre el tipo penal de que se trate, requiere entonces un replanteamiento. Porque el dolo así considerado<sup>136</sup> lleva a dos conclusiones contradictorias entre sí. Ambas insatisfactorias para la seguridad jurídica.

En efecto, si se admitiera el dolo «neutro», éste abarcaría sólo una parte del tipo penal de que se trate, pues si todo tipo penal contiene al menos un elemento normativo (como es la afectación al bien protegido), éste no se alcanzaría por el dolo. Por ende, el dolo no comprendería a todos los elementos objetivos del tipo penal. Así mismo, si se quisiera razonar que en realidad los elementos normativos no formarían parte de los tipos penales, entonces tendría que alterarse el contenido de los tipos (que incluye tan a los elementos materiales, como a los normativos.) Lo que llevaría a tipos penales abiertos y siempre avalorados. Y ciertamente, el legislador no describe en los tipos penales simples sucesos humanos sin contenidos de desvalor.

Por el contrario, cada tipo penal conlleva la valoración legislativa de la dañosidad social de la conducta a través de la afectación al bien jurídico protegido en aquél. La conocida expresión de Welzel criticada por Roxin, es reveladora: Matar a una persona [no] tiene igual significación que matar un mosquito. De aquí que en el ámbito del tipo penal al que se conecta la conducta, si se desea saber si alguien actuó finalmente, no sólo necesita preguntarse: ¿si el sujeto controló finalmente los factores causales del hecho, o si captó las circunstancias del mismo? Lo que se podría constatar prejurídicamente. Sino tiene que cuestionarse si la persona captó el sentido social de las circunstancias del hecho, según los elementos normativos que informen al tipo penal de que se trate.

Y en ese aspecto, fuera de la afectación al bien jurídico que tiene fuente constitucional, es nadie más que el legislador quien selecciona para el tipo penal los elementos de significado jurídicamente relevantes. Por ende, para que alguien actúe típicamente, además de que determine finalmente el acontecimiento externo en toda su extensión según lo prevea el tipo, debe tener claras las «circunstancias de sentido social» que el legislador implique en el mismo tipo penal. Desde esa perspectiva y en un plano típico, el dolo (como contenido final de la voluntad) no se limita a la voluntad y conocimiento de realizar el hecho material descrito en un tipo penal: sino que también comprende el conocimiento de las circunstancias fácticas de significación social y su comprensión en ese sentido, implicadas por los elementos normativos insertos o involucrados en el propio tipo penal.

Así Roxin toma un ejemplo que utilizó el mismo Welzel:

---

<sup>136</sup> La tesis finalista, a diferencia de la causalista, fue complementada por Welzel a través del significado ético-social que involucran los tipos penales, quien consideró que las circunstancias fácticas que involucran los elementos normativos y el tipo mismo impactaban al dolo, de tal suerte que el autor debería captar el significado ético-social de su conducta objetivamente típica como parte del mismo dolo. Ver al respecto a Welzel, Hans, op. cit., nota 18, en especial pp. 110 a 114. Así, Welzel afirma: "...lo que es "ajeno", "falso", "documento", "lascivo", sólo parcialmente puede percibirse por los sentidos, en su mayor parte únicamente puede captarse en forma intelectual (las llamadas circunstancias normativas del hecho.) Así, en un "documento" sólo el papel y la escritura son sensorialmente perceptibles. En cambio, su carácter de documento, esto es, el significado probatorio de su contenido declaratorio, sólo se comprende intelectualmente. "(Op. cit., pp. 110 y 111.) Aun así y aunque enseguida Welzel reconoce que el autor habrá de "...tener conocimiento de la especial significación y función que tienen en la vida social los hechos designados con tales conceptos"; no parece darle la misma significación a la comprensión del carácter específico de muchos de esos elementos y menos aún a la lesión o peligro en el que se coloca al bien jurídico, como elemento del tipo penal, del cual sólo interesa para los efectos de valorar la antijuridicidad del hecho y, en su caso, la culpabilidad del autor, como se evidencia del pasaje siguiente: "...la legítima defensa no anula la materia de la prohibición, sino sólo la antijuridicidad de la realización de ella." (Idem, p. 117.) Esto es importante, porque Welzel no acudió a un concepto de dolo que sólo se identifique con los elementos materiales o descriptivos del tipo penal, sino que –sostuvo– que aquellas circunstancias del tipo que aparejen la comprensión intelectual son tan reales como las sensorialmente perceptibles. Sin embargo, en la llamada teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico, Welzel sostuvo –según Roxin– [q]ue no eran circunstancias del hecho descrito en el tipo las alusiones en él a la "competencia", a la "legitimidad en el ejercicio del cargo" o a la "reprobabilidad". (Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 96.)

“...si alguien atraviesa un camino sin haber visto el cartel de «prohibido el paso». ¿Por qué ha de ser una verdad eterna, que ningún legislador del mundo puede cambiar, que esa persona ha realizado dolosamente el tipo de falta que pudiera existir? Ciertamente que ese hombre pudo haber controlado cada uno de sus pasos. Pero eso también lo hace cualquier paseante. Lo único que le presta significación jurídica a esa conducta es la prohibición legal. ¿Qué impide que sólo llamemos final a aquella actuación con conocimiento de las circunstancias que generan la prohibición, dado que el sentido de la conducta sólo queda constituido con la prohibición que el tipo penal describe y que la finalidad no se limita al control final del curso externo, sino que incluye la dimensión de su sentido prohibido?”<sup>137</sup>

2. De todo ello se desprende que cuando el legislador pune una conducta puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido social de la acción por parte de la persona para que merezca pena. Es decir, el legislador es libre de determinar en el tipo penal qué dosis del sentido valorativo del suceso tiene que llegar a la conciencia del autor. Además, porque la existencia misma de los tipos penales evidencia una valoración del legislador, que en esencia puede expresarse en el sentido de que si él sanciona con pena las conductas que prohíbe, es porque ellas se dan en ciertos marcos específicos que ya desde el nivel de los tipos penales pueden estimarse indiciariamente desaprobadas, en virtud de la lesión o peligro que irrogan al bien jurídico protegido en aquél (conforme al artículo 22 Constitucional).

El límite para el legislador es que no reste a la conducta sus datos reales de conocimiento y voluntad de concretar los elementos objetivos del tipo. Mas si el legislador respeta ese límite al regular la conducta en el tipo penal, el juzgador ha de atender a las circunstancias que impliquen los elementos normativos del tipo y que han de captarse por el dolo. Ya que no se trata de cualquier conducta la que le interesa al legislador para los efectos penales, sino sólo aquellas que al reunir las características que aquél acuña en un tipo penal, lo concreten con conocimiento y voluntad, o en su caso, ocasionen un resultado típico que era previsible, evitable y no aceptado.

Si ello es así, entonces no es posible formar un concepto ontológico del dolo que sea independiente de la voluntad del legislador. Pues, aunque el dolo sí debe partir de una acción con voluntad final, de todos modos, el dolo como parte de los tipos penales nunca es incoloro normativamente ni se identifica nada más con cierto contenido ontológico de la acción cuyo sustrato material-subjetivo se describa en un tipo penal. Sino que el dolo es voluntad y conocimiento del hecho tal como se describa e involucre en el tipo penal de que se trate. Por tanto, el dolo también apareja conocer las circunstancias fácticas que fundamenten los elementos normativos de un tipo y que la persona capte —en la esfera del profano— el sentido de valor o desvalor social de tales elementos.

Es pues válido sostener que dolo es voluntad y conocimiento de contenido típico. Y no mera voluntad de una acción en su aspecto material típico y, en su caso subjetivo específico, pero siempre neutra. Porque si el tipo penal atrapa a la conducta y aquél contiene elementos materiales y normativos: por ende, las circunstancias que constituyan a unos y otros y el sentido valorativo de los mismos (de lo cual depende su existencia) han de abarcarse por el dolo. Con base en esto, tan inaceptable es considerar que los tipos penales son neutros, como igual será inadmisibles excluir del dolo el conocimiento de las circunstancias en que se apoyen los elementos normativos típicos y la voluntad de concretarlos, ya sean los de índole normativa específica que señalen los tipos penales, como también la lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido que aquellos encierran.<sup>138</sup>

## SECCIÓN SEGUNDA

### A. POSTURA SOBRE LA CONDUCTA EN EL PROYECTO

#### I. Las premisas del finalismo y la concepción “jurídica” de la conducta

1. Es indudable la aportación del finalismo respecto a la idea de conducta. Cuya noción se ha estimado de índole “pre-jurídica” y la cual debe examinarse para resolver —en un primer estrato— si un comportamiento “puede” tener relevancia penal. Y es que la tesis final de la acción rescató para el Derecho Penal sus premisas antropológicas y corrigió la deformación causalista de la conducta, para pensarla con su auténtica carga de voluntad final: cuyos datos reales tengan sentido para un Derecho Penal que, en consonancia con el artículo 1° Constitucional, sea respetuoso de la dignidad del portador de las conductas prohibidas en la ley penal, las cuales no son meros objetos de normación, equiparables al derecho de cosas. Con ello, ya la noción de conducta se vuelve “jurídica” al vincularla a límites constitucionales.

En efecto, la libertad y dignidad del ser humano se protegen en el artículo 1° Constitucional, lo cual obliga al atender al individuo como sujeto autónomo, y no como mero objeto de punición. Y precisamente por ello, Nino<sup>139</sup>, Maihofer<sup>140</sup>, Bäumlín, Cerezo Mir<sup>141</sup>,

<sup>137</sup> Roxin, Claus, *Problemas Básicos...*, op. cit., nota 14, pp. 86 y ss.

<sup>138</sup> Idem. pp. 178 a 213.

<sup>139</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª Edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 204.

<sup>140</sup> Maihofer señala: “...la libertad concedida al hombre en el Estado por medio del Derecho solo posee una “función de servicio” como condición indispensable para la preservación y el desarrollo humanos en dignidad”. Maihofer, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, traductor, Dr. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, editorial IB de F, Julio César Faira-Editor, 2008, p. 67.

Cobo Del Rosal y Vives Antón<sup>142</sup>, enfatizan que “el principio de dignidad del individuo, dispone que deba ser tratado conforme a sus decisiones o manifestaciones de consentimiento”.

2. En tal sentido, las conductas que interesan para que puedan ser delito, encierran una dirección consciente de la acción u omisión hacia un objetivo propuesto. Y aquellas también abarcan la experiencia de efectos concomitantes o consecuencias ulteriores o accesorias distintas del fin, que están ligadas a ellas por el medio u oportunidad en que se realizan. De ahí que la capacidad de las personas para configurar el mundo exterior como obra suya y de realizar los fines concebidos previamente, al aprovechar u orientar el curso material de los sucesos en función de un fin, sea una categoría antropológica y humanista fundamental en un estado de derecho. Pues sin esa facultad de transformar finalmente el mundo exterior no podría hablarse de conducta humana.

Y resulta que el Derecho Penal se ocupa de la prohibición penal –deducida de la ley– de conductas humanas y no de ficciones de ellas. O al menos no debiera hacerlo por sistema, si es que el legislador quiere respetar los principios de un estado de derecho que jurídicamente fijan límites a la potestad penal, en este caso, en garantía de la dignidad y libertad de las personas, y de su consecuente responsabilidad por elegir acciones que afecten bienes jurídicos ajenos. Por ello es por lo que, a mor de justicia –e incluso para que realmente pueda hablarse de la responsabilidad que tenemos todos de asumir las consecuencias de nuestros actos–: es preciso que los hechos y sus resultados sean imputables a nuestras conductas en virtud del dominio que tuvimos de ellos.

Lo que también conlleva que el Estado tiene la responsabilidad de contemplar a la conducta humana con su auténtica carga de voluntad y conocimiento, que tengan sentido según el tipo penal de que se trate: con los cuales su portador haya podido configurar el mundo exterior de tal modo que, al hacerlo, con inclusión de los resultados a que dé lugar, puedan considerarse como obra suya – y no como eventos causados por un comportamiento exterior, pero desconectado a la dominabilidad que tuvo o no la persona respecto de los mismos–. De tal guisa que se excluyan los derivados de la casualidad o sobrevenidos de manera excepcional, sin que el individuo haya tenido conocimientos especiales con los que les haya dado pie.

3. Así pues, no puede desconocerse que la conducta que tiene sentido para el Derecho Penal implica la exteriorización de un comportamiento impulsado por la voluntad que se orienta a un fin e involucra el conocimiento de lo que se hace.

4. Y ello es correcto. Mas es acertado sólo si se examina a la conducta –sin desnaturalizar sus condiciones ontológicas– en función de los demás elementos del delito y que el legislador toma en cuenta para ese efecto. Pues a la conducta típica –ya penalmente relevante– no se le puede definir a priori, ni fuera de su sentido en las diversas categorías o elementos que se deducen de la ley penal para enmarcarla como delito y merecedora de pena. Es decir, no se puede pretender que la conducta regiría sin cambio para cualquier parcela del delito: sino según los contenidos de los elementos que la constituirán jurídicamente como delito.

No obstante, es aún pertinente examinar si en Derecho Penal es válido partir de un concepto real de conducta con voluntad, así como en qué sentido tiene validez esa noción y cuál es su función.

5. Así, con un enfoque garantista y teleológico reductor del poder punitivo: la conducta –como base en la cual se asientan los demás presupuestos de la punibilidad o elementos del delito– siempre implica una acción voluntaria con contenido de fin. Esto es, la conducta de la que habrá que partir será una conducta orientada por la “voluntad” que la preside. Por tanto, no existiría conducta tan cuando “el hecho se realice sin la voluntad del agente”, como cuando al comportamiento le falte en absoluto algún fin –como contenido de la voluntad–. Con lo que, al proceder de esa manera, en realidad lo que se destaca, es lo incorrecto de construir un concepto de acción inventando lo que no existe en el mundo.

Cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana parte de la abstracción de los datos que le proporciona la realidad, de tal suerte que en ese sentido no hay un concepto de acción real, sino una realidad de la conducta humana, de la que cada rama del saber le abstrae los datos que entiende útiles para su concepto de acción. Ya Marinnuci<sup>143</sup> y Zaffaroni<sup>144</sup> subrayan que, así como el concepto de acción difiere para la reflexología o para el conductismo, para el psicoanálisis y para la sociología, etc., aun cuando todas ellas toman datos de la realidad de la conducta, pero que tienen sentido para el objeto de su ciencia, pues bien, de igual forma el Derecho Penal debe construir su idea de acción con datos de su realidad que sean útiles para su objeto de su estudio, sin desnaturalizarla.

Y en tal virtud, el Derecho Penal tiene por objeto estudiar las conductas reguladas en la ley penal: en la medida que sus normas las prohíben con penas. Por ello, un Derecho Penal respetuoso de la dignidad humana –artículo 1º Constitucional–, al examinar las conductas que la ley prohíbe con pena, tiene que considerarlas como provenientes de las personas, partiendo de cómo aquéllas se manifiestan en la realidad: para de ahí tomar los datos que tengan sentido en un sistema penal que respete al ser humano. Pues si se dejan de lado los datos reales de la acción, para sustituirlos por nociones artificiales, se origina un poder penal ajeno a la realidad

---

141 Cerezo Mir, José, “El delito como acción culpable”, Santiago de Chile, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LIX, fase 1, 1996, p. 11.

142 Del Rosal, Manuel y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, U. de Valencia, t. I, 1982, pp. 96 y ss.

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

144 Raúl Zaffaroni, Eugenio, et. al, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, pp. 395 y ss.

del objeto (conducta) regulado en la ley penal, sin que tal poder se confine por el respeto a la dignidad del portador del objeto regulado.

6. De aquí que lo primero que quepa hacer, sea seleccionar los requisitos mínimos con los que en la realidad se manifiesta la conducta para que pueda tener sentido en un Derecho Penal respetuoso de la dignidad de los portadores de los objetos regulados. Tomando en cuenta de que es a las conductas –y no a un remedo de ellas– a las que se hará la imputación penal en caso de que se ajusten a los demás elementos del delito. Por ello, es ya inevitable que la llamada noción pre-jurídica de la acción, se vuelva jurídica y no mera idea de la realidad ajena al Derecho. Bien apunta Zaffaroni: “...no se trata de una decisión del penalista, sino de una condición que no puede eludir”.<sup>145</sup>

7. En ese contexto, quizá sea imposible pretender abarcar el ser total de la acción en un concepto prejurídico. El ser de la acción tal como se manifiesta en la realidad, es inabarcable debido a su amplitud fenoménica en aquélla. Como igual sería vano pretender ese ser como concepto jurídico, pero inmutable y universalmente válido. Más aún, porque no todas las realidades del ser de la acción interesan al Derecho Penal. Y las que sí le importan, pueden concernirle de manera distinta en las diversas categorías del delito, siempre que no la vuelvan artificial. Esto ya era evidente desde la idea de acción de Welzel, como “la unidad real de sentido dominada por la voluntad que establece el fin”.<sup>146</sup> Donde el único límite es que no se desnaturalice a la conducta en los estratos del delito en las que ella interesa.

De esa manera, Welzel seleccionó de la realidad, los datos de la acción, que luego coadyuvaran a definir la conducta típica. Mientras que, a las motivaciones, que también forman parte del ser de la acción, Welzel las abstraigo de esa categoría (y lo siguen haciendo los funcionalistas) para colocarlas en otro plano, esto es, para efectos de la culpabilidad. Y ello se debe a que, por un lado, Welzel escogió de la realidad de la acción, los datos que importaran para su tipicidad, según las constantes de los tipos penales referentes a la conducta: cuales son el comportamiento humano con voluntad final consciente. Y por el otro, Welzel dejó a las motivaciones para examinarlas en la culpabilidad, según hubiese conciencia de ilicitud, un error de prohibición, o motivos que redujeran el ámbito de ajustarse a la norma.

6. De ello se siguen secuelas: Que si el Derecho Penal se ocupa de las normas que prohíben y punen conductas, cuyos portadores son personas: el concepto de aquéllas, ha de sujetarse a los datos de la realidad que las informe y en la medida que tengan sentido en un Derecho Penal que respete la dignidad (artículo 1° Constitucional) del portador del objeto regulado. Por ello la idea de acción no debe ser artificial y ajena a las realidades de la vida en las que se expresa, sino congruente con esas realidades que la ley penal pretende regular. De tal forma que sea una noción de acción que, ajustándola a los datos de la realidad en respeto a la dignidad del portador del objeto regulado, opere como límite jurídico reductor de excesos de un poder penal que pretenda sustentar la imputación en nociones artificiales.

Lo anterior apareja, en virtud de un proceso de abstracción, tomar el mínimo de datos de la realidad que sean suficientes para que tenga sentido hablar de un comportamiento humano como objeto que puede ser regulado por la ley penal. Correspondiéndose así tal búsqueda con el respeto al ser humano: que es el único capaz de realizar acciones dentro del marco de un estado de derecho. Y esos datos mínimos consisten en la exteriorización material de una voluntad con contenido de fin: en virtud de los cuales la persona pueda dominar un hecho o serle dominable, según la experiencia y lo que conoce.

Todo ello conlleva que no quepa imputar delitos a personas morales, ni a animales, en cuanto por sí no realizan acciones cuyo contenido se compagine con el de las personas físicas. Como también implica que la imputación penal no podrá basarse en modos de ser de las personas, sino solo apoyarse en comportamientos voluntarios que se manifiesten externamente, en tanto que el mero pensamiento no delinque. Todo lo cual también opera como un proceso jurídico reductor del poder punitivo.

7. Mas, por otro lado, igual significa seleccionar sólo aquellos datos de la realidad que –sin desnaturalizar la conducta humana– tengan interés para el Derecho Penal dentro de los límites que le impone el estado de derecho, al ocuparse de los sucesivos elementos que conforman la noción jurídica del delito. Por lo que el concepto de acción será válido en la medida que seleccione aquellos datos de la realidad de la conducta humana que permitan tenerla como tal, no solo en un primer estrato del delito, sino luego en las categorías en las que aquella se toma en cuenta para definirla jurídicamente como delito.

Y en el sentido anterior, aunque al concepto prejurídico de acción se le vuelve jurídico desde el momento en que se vincula a los límites de la libertad y dignidad humanas: ello en nada obsta –sino que impele– para que tal noción de acción deba luego moldearse –sin desnaturalizarla– según su descripción en los tipos penales. Si se procede de esa manera se mantiene la vinculación del concepto de conducta –ya de por sí jurídico– al marco de un estado respetuoso de los derechos fundamentales, que son de superior interés jurídico-valorativo.

8. Ello a la vez impide que se descarte a la conducta: para que su estudio se haga a partir de los tipos penales –como lo hacen algunos funcionalistas–. Con lo que también puede arribarse a nociones normativas que desconfiguran la acción. Esto es, que se

---

145 Idem, p. 395

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



aparten de datos de la realidad con los que se conceptúe la acción que pueda tener sentido dentro de los presupuestos de la pena, o que abran la posibilidad de que casi cualquier cosa pudiera estimarse como conducta: como sería la de “manifestación de la personalidad” o “centro espiritual de acción”, (que introduce Roxin.)

El reproche de Roxin al concepto de acción final descubierto por Welzel, en el sentido que éste empezó el análisis del delito demasiado arriba al adjudicarle una función ontológica supra-determinadora: igual puede formularse a aquél en ruta contraria, en cuanto empezó demasiado abajo con un concepto de acción vago e indiferenciado, como es el de “manifestación de la personalidad”. Y que permitiría sentar bases para sustentar un derecho penal de autor –que Roxin rechaza–147: con el cual se haría responsable a la persona por la conducción de su vida, y ya no por el delito, respecto al que, conforme al artículo 14 Constitucional, ha de imponerse exactamente la pena.

9. Por último, porque el concepto jurídico-penal de acción vinculado a su realidad como proveniente del ser humano y a los marcos depuradores de las demás categorías del delito, tiene una función reductora legítima del poder penal. Pues impide que pueda estimarse como conducta el proceder que no sea expresión final de voluntad. Y porque tal idea también impone un filtro en el tipo: para que sólo las expresiones reales de la acción con contenido de voluntad final puedan luego ser captables por los tipos penales, con inclusión de todos elementos normativos y descriptivos que contengan, en cuanto la voluntad consciente que importará será solo aquella que se refiera a la concreción de los elementos objetivos del tipo penal de que se trate.

## B. FUNCIÓN REDUCTORA DEL CONCEPTO FINAL-VALORATIVO DE ACCIÓN

1. Aunque la falta de voluntad se regula como excluyente de tipicidad en el Proyecto. La falta de fin como contenido de aquella, también apareja otras consecuencias en el ámbito penal. Porque el fin y el conocimiento que le importan a los tipos penales, son los que colmen sus elementos objetivos para que la conducta sea típica. Esto es, realizándola con el conocimiento y el fin de concretar esos elementos objetivos. Más ello no debe llevar a olvidar que ese fenómeno se debe a la interconexión de la conducta con los demás presupuestos de la punibilidad.

Y ello es así, porque, aun cuando no toda conducta conlleva un carácter típico, antijurídico y culpable para que sea delito. Es claro que dichas categorías suponen una conducta con carga ontológica, con la que tenga sentido seguir hablando de conducta en dichos estratos. Si en el juicio de tipicidad se abstrae el contenido final de la voluntad que preside a la conducta, se volverá a caer en ideas artificiales de esa categoría, como a las que condujo la deformación causalista de los elementos del delito. Pues no solo se trata de que tan el causalismo, el finalismo o el funcionalismo realizan procesos de abstracción de la acción para construir su concepto: sino del modo en que procedan en esa tarea, para que en cada estrato de análisis del delito sean respetuosos de la dignidad del ser humano como portador del objeto regulado en la ley penal.

Como Zaffaroni dice bien, “...la diferencia que media entre los conceptos de acción final y acción causal no es únicamente que el primero es menos abstractivo que el segundo, sino que el segundo abstrae de manera prohibida, porque escinde lo inescindible”.<sup>148</sup> Y más adelante, el gran autor argentino añade: “...pretender extraer o abstraer de la voluntad, las representaciones o imágenes que la orientan no es, en el fondo, un procedimiento abstractivo, sino la invención de una voluntad sin sentido, porque en la realidad no existe una voluntad sin imágenes que la orienten. El sentido de la voluntad es inescindible a la misma”.<sup>149</sup> De tal manera que, si ese ingrediente se suprime, bien pueden estimarse como típicos meros comportamientos aparentes, sin importar sus contenidos de fin y conocimiento.

2. Por todo ello, también es recusable que antes de dichas categorías se estime a la conducta solo como “manifestación de la personalidad” y según la cual “...es acción todo lo que se puede atribuir al ser humano como centro anímico-espiritual; de la cual su contenido solo puede estimarse dentro de los demás elementos del delito, pero no previamente a ellos”,<sup>150</sup> según lo estima Roxin. Porque nociones de ese jaez (“manifestación de la personalidad” y “centro anímico espiritual”) –aunque sean comprensivas–: de todos modos, son vagas de lo que es acción, con las que se corre el riesgo de que se les aleje del sentido real de la conducta que importa para un Derecho Penal respetuoso de la dignidad humana. El cual es un primer filtro contra la intromisión ilegítima del poder penal en la libertad de las personas.

3. De esa manera, no cambia nada a la idea de conducta que, el contenido material, y de conocimiento y fin de la acción sea distinto en cada tipo doloso y tal fin opere de manera diferente en los delitos culposos. Pues por más que en éstos lo decisivo sea la infracción de un deber de cuidado que motiva el resultado típico, de todas suertes el fin de la acción en el delito culposo también juega un papel primordial: el excluir al delito doloso. Precisamente, porque el fin de la conducta del sujeto que objetivamente se desaprueba, discrepa con el resultado típico que acaece con motivo de la violación del deber de cuidado. Además, porque sólo atendiendo al fin de la acción, es como puede averiguarse qué clase de deber de cuidado se violó.

147 Al respecto véase Roxin, Claus, Derecho Penal, fundamentos..., op. cit., nota 12, p 177.

148 Eugenio Raúl Zaffaroni et. al., op. cit., nota 41, p. 395.

149 Ídem., op. cit., p. 395.

150 Claus Roxin, Derecho Penal..., op. cit., nota 12, pp. 252 y ss.

Así pues, aunque todo tipo penal culposo conlleva ciertos esquemas objetivos, en cualquier caso, éstos solo son plausibles si antes se sabe cuál es el sentido de la acción que concreta el tipo. Así, respecto al deber de cuidado como elemento normativo en los tipos culposos, bien dice Zaffaroni: "...Nadie puede individualizar de qué clase de cuidado se trata, si ignora de qué actividad se trata... [Y aun]...aceptando que el cuidado debido puede convertirse en una abstención (no conducir por quien no sabe hacerlo, no aplicar inyecciones por parte de quien no está entrenado, etc.)".<sup>151</sup> Dicho de otro modo, el deber de cuidado al igual que su infracción, solo pueden referirse a actividades determinadas. Nadie puede determinar que existe un deber de cuidado y que tal deber se infringe, sin saber de qué comportamiento se trata.

4. Lo mismo sucede en los delitos de omisión y de infracción al deber: pues han de conocerse las circunstancias descritas o implícitas en el tipo y voluntariamente realizar una acción distinta a la mandada. Sin que valga el argumento de que la acción diversa sería una acción inocente, porque no lo es en la medida que se aparta de la debida en el marco del tipo. Y es que el tipo omisivo no recoge el vacío, porque es falso que la omisión signifique "no hacer nada": sino que ella literalmente apareja la "acción de abstenerse" e implica acciones que se realizan en vez de la debida en el ámbito descriptivo del tipo. Sin que ello varíe en los delitos de omisión impropia, pues el sujeto ha de conocer las circunstancias que lo obligan a realizar la acción que evitaría el resultado, cuando él a su vez efectúa una distinta a la debida.

5. En esa línea de pensamiento puede sostenerse que la excluyente de delito que establece que sin voluntad no hay conducta, impide configurarla por la mera exteriorización de un obrar que no sea determinado por la voluntad. Y aunque esa norma tiene una función sistemática modesta, de todos modos, es fundamental: porque señala las condiciones de la conducta para que "pueda" ser – y no necesariamente que sea– penalmente relevante en los estratos del delito. Opera así un primer filtro jurídico, al excluir como conducta toda manifestación de un comportamiento aparente, porque le falta voluntad. Con lo que se da una primera función reductora del poder punitivo. Pues el juez no puede estimar como susceptibles de pena acciones u omisiones ajenas a la voluntad de quien las presida.

6. Asimismo, tan es un error estimar que la función selectiva y reductora de la acción en el Derecho Penal se agota con su concepto jurídico pre-típico, como es descaminado considerar que dado que la acción adquiere su plena configuración de sentido dentro del tipo: antes solo cabría conceptualizarla como mera manifestación de la personalidad o centro espiritual anímico para la imputación penal.

7. Por último, establecer los datos con los que una conducta «puede» ser penalmente relevante no significa predeterminar su concepción a un comportamiento en el que no importaría la comprensión por el sujeto del sentido de desvalor social de la acción a los efectos del tipo penal, sino que significa tan solo fijar las condiciones mínimas que aquélla debe tener, precisamente para que pueda tener sentido en el análisis de los restantes elementos del delito, en la medida que jurídicamente le corresponda. De tal modo que la noción de conducta final, nada impide que sin desnaturalizarla se amolde a las exigencias del tipo: no solo respecto del conocimiento y fin de los elementos materiales, sino de la captación de los elementos normativos del tipo penal de que se trate.

## SECCIÓN CUARTA

### A. DELITOS DE OLVIDO, CASOS MARGINALES Y CONDUCTAS LIBRES EN SU CAUSA

1. Delimitado el contenido de la voluntad como coeficiente subjetivo de la conducta que puede ser penalmente relevante: toca determinar cómo funciona aquella en casos marginales. Esto es, ¿de qué manera el comportamiento del agente, puede atribuírsele a su voluntad, cuando su actuar no se encuentre en íntima conexión con su querer consciente? En otras palabras, ¿deberá existir una voluntad consciente al momento en que la persona realiza su movimiento, o cuando su actividad infringe un deber jurídico de actuar en cierto sentido? ¿Qué sucede cuando el comportamiento corporal es ajeno a una específica representación-fin?

Por una parte, se hallan los llamados actos habituales y automáticos. Y por la otra, los casos que la doctrina conoce como delitos de olvido. Ahora bien, en estos últimos se dice que la conciencia y voluntad final se encuentra en la conducta anterior que determinó la omisión.

Lo mismo puede decirse cuando la persona quiere hacer el acto debido, pero no le es posible debido a su previa actividad voluntaria, como sucede con el guardavía que se ausenta, porque antes se fue de compras a la ciudad y por un cálculo descuidado no puede llegar antes de la hora del paso del tren. Mas precisamente por eso, en los llamados delitos de olvido –y ya dentro del tipo– sólo será concebible la culpa, en los que es necesario que haya una acción cuyo fin discrepe del resultado motivado por la transgresión de un "deber jurídico de cuidado" a cargo del agente en el caso concreto.

Amén de lo anterior, el delito de olvido sólo es posible en los delitos de resultado y no en los de mera conducta. Pues si bien es cierto que existen delitos de mera conducta omisiva, también lo es que, dada su naturaleza típica, solo es concebible su forma dolosa de comisión y no la culposa. Y resulta que ésta es la única forma posible de cometer un delito de olvido.

Aun así, cabe preguntar: ¿qué acaso en los delitos de olvido no hay voluntad? Porque hay ocasiones en que esa voluntad no existe cuando se actualiza el deber de actuar en el sentido del mismo. Así acontece cuando el guardavía duerme al momento en el que debe hacer el cambio de rieles. Empero, a ello cabe responder que aparte de que el sujeto inconsciente tan no puede “actuar” nada, como tampoco puede omitir nada. En los delitos de olvido, que siempre son culposos, la voluntad existe en las acciones voluntarias anteriores, plenamente conscientes del sujeto que se coloca en la situación de violar su deber.

2. Con ello cabe pasar a los casos en que exista un estado de inconsciencia, como el conductor ebrio que entra en fase letárgica y arrolla a un transeúnte. En este caso, la inconsciencia se deriva de un anterior comportamiento doloso o culposo del agente respecto al resultado (conductas libres en su causa). Pues de lo contrario no podrá imputarse el hecho al sujeto si éste no se procuró dolosa o culposamente la alteración. Así se deriva de lo dispuesto en el proyecto respecto de las conductas libres en su causa, en cuanto el delito no se excluirá cuando el agente haya provocado dolosa o culposamente su trastorno mental, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

3. Cabe atender ahora a las acciones habituales y automáticas, que son posibles tan en las conductas típicas culposas, como en las dolosas. Así, en ciertos actos habituales o automáticos puede faltar una representación-motivo que impulse el movimiento, pero no un proceder que es gobernable por la voluntad. De ahí que cuando un comportamiento está sujeto al control de la voluntad de quien lo realiza, el fin reside en la decisión de iniciarlo.

Supóngase al obrero que por años acciona una cuchilla en cierto sentido, por lo que la constante repetición motiva que realice sus movimientos de manera automática: y que absorbo en sus pensamientos los efectúe en un momento diverso del que debe y lesione a otro. Aquí es claro que en las maniobras del trabajador no existe el fin de causar el resultado. Empero, esa ausencia solo excluye el dolo, pero no la voluntad del sujeto para iniciar las maniobras, las que eran gobernables por su voluntad, para realizar su actividad corporal en el momento que evitaría el resultado.

Además, los movimientos automáticos son posibles en una acción dolosa. Por ejemplo, cuando se pilotea un avión, donde conscientemente se dirige a la aeronave contra un edificio, pueden efectuarse algunos movimientos cuasi-reflejos por el piloto, cuando éste tiene experiencia en volar el tipo de avión de que se trate, sin embargo, esos movimientos maquinales no excluirán la acción que involucra la decisión de conducir y estrellar el avión, dirigiéndolo contra el inmueble. O como apunta Zaffaroni, “en la acción de conducir un vehículo o de disparar una ametralladora participan movimientos automatizados, pero no por ello dejan de ser acciones conforme a un sentido y con un objetivo: siempre hay una decisión de conducir el aeroplano o de disparar una ametralladora”.<sup>152</sup>

Existen un sinnúmero de acciones automáticas, como la conducción de un vehículo, donde se aplican frenos, cambios y pedales y se dirige el volante, sin que tales movimientos sin reflexión, impidan considerar tal comportamiento como una acción final, ya que en realidad hay una acción conforme a un fin, desde que se decide conducir el carro.

Por ende, aun cuando los actos automáticos o habituales parecerían carentes de un contenido consciente de fin, esta falta de relación con el “querer” no autoriza a sostener que no habría conducta por falta de voluntad final; pues dicha conexión se da desde el comportamiento inicial, en el que presidió la voluntad consciente con un objetivo, justamente el que luego se expresa en el actuar automático o habitual. Asimismo, difícilmente puede sostenerse que esos actos dejen de ser acciones, en la medida que en ellos siempre hay la decisión de actuar en el sentido de la actividad habitual o automática, que sigue siendo gobernable por la voluntad.

4. Así pues, puede afirmarse que la voluntad final existe no solo cuando en las acciones hay en todo momento un querer consciente, sino también, cuando el hecho está ligado a una decisión anterior voluntaria del sujeto. De lo cual se sigue que la voluntad final también puede afirmarse en los actos automáticos o habituales del mismo modo que en los delitos de olvido. Donde sin querer consciente el agente omite la acción debida, produciéndose un resultado típico como consecuencia de la acción descuidada. Mas a diferencia de los delitos de olvido, en los actos automáticos o habituales cabe tan la conducta culposa, como la dolosa.

Sin que sea ocioso volver a recordar que en los tipos penales culposos no hay una estructura ontológica preexistente que por sí misma decida sobre el carácter “culposo” de la acción. Mas respecto a la concreción del mismo culposo sí es necesario que haya una conducta final, cuya función es la de descartar el dolo y porque según la clase de conducta final, ésta será útil para decidir sobre la existencia de la culpa en sí. Es decir, la discrepancia entre el fin y el resultado ocasionado valdrá para excluir al dolo y aunque la culpa no dependerá de la finalidad en sí, ni solo del resultado, sino de la transgresión de deberes de cuidado: si dependerá del sentido de la conducta que dé pie al resultado previsible no aceptado, para resolver qué clase de cuidado se viola.

## B. AUSENCIA DE CONDUCTA

Una vez fijadas las condiciones básicas con las que habrá una conducta que pueda ser penalmente relevante –acción voluntaria–, sea lógico que, si falta alguna de aquellas condiciones, faltará el asiento no solo para que se examine si aquélla es punible en el

estrato del tipo, sino para que haya delito. Y como afirma Soler: "...Cuando no hay acción, no está dada siquiera la base para una medida de seguridad".<sup>153</sup>

### 1. Algunos casos de ausencia de voluntad

Ahora bien, cuando en el Proyecto se establece que "no habrá conducta [en]...cualquier causa por la que falte voluntad", las posibilidades de su ausencia son muy variadas. Tales son los casos de los movimientos reflejos, de sonambulismo, de sueño, de los estados crepusculares en la epilepsia y de los movimientos inmediatos anteriores o posteriores al sueño profundo, de ciertas situaciones de hipnosis, de narcosis, de delirio febril en alto grado, de ciertas condiciones de miedo gravísimo como es el pánico o pavor, de desmayos o de ataques de vómito o estornudos incontenibles, de embriaguez letárgica, etc.

### 2. ¿Es excluyente de delito la fuerza física irresistible?

Cuando en el CPF se consignó a la fuerza irresistible como excluyente de responsabilidad, Jiménez Huerta destacó:

"...Si el violentado es tan sólo un mero instrumento de que se vale la persona que le fuerza, resulta incorrecto considerar que la fuerza irresistible sea una excluyente o eximente de responsabilidad; habida cuenta que a los instrumentos y objetos inanimados y, en general, a todo aquello que no puede ser sujeto de delito por no ser vinculable a un acto de voluntad, no hay porque excluirlo de una responsabilidad en que no pudo incidir".<sup>154</sup>

Empero, aunque los argumentos del jurista ibérico tienen valor, en cualquier caso, se llega a la misma conclusión: el delito se excluye si falta voluntad en el comportamiento. Y en tal sentido es impecable la postura del legislador federal. Por otra parte, en el Proyecto se consigna la eximente de forma amplia, pues establece que el delito se excluirá cuando "el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente". Superando a las fórmulas antiguas, que nada más referían algunos casos de ausencia de voluntad, pero no a todos los eventos en los que falte la voluntad.

### 3. ¿Aparejan una conducta voluntaria los arrebatos internos?

En los arrebatos internos el impulso de obrar no proviene materialmente de fuera, como en la fuerza física irresistible. Sino que el furor es reflejo de un estímulo emotivo que impulsa la voluntad para obrar en cierto sentido. La psiquiatría y la criminología son abundantes respecto a los arrebatos pasionales. En esos casos de perturbación de la conciencia por alteración afectiva, los abogados de la primera mitad del siglo pasado alegaron la inexistencia de conducta. Tomaron como fundamento que la escuela francesa empleaba la expresión fuerza irresistible en el sentido de violencia moral, arrebato interno o impulso pasional. Mas ahora se afirma de consuno que –aun en las formas más graves– en el arrebato pasional existe un elemento de voluntad final –aunque afectado– que influye en el comportamiento.

Los arrebatos internos se diferencian de las emociones normales, por el fácil desencadenamiento o viveza del acto, pero no puede negarse que haya voluntad final en el comportamiento. Empero, en ciertos casos es posible que el arrebato interno obedezca a una causa patológica o condición fisiológica que determinen la inimputabilidad del sujeto o le motiven una imputabilidad disminuida (previstas en el proyecto). Y en tal contexto están todas aquellas conductas emocionales que se desarrollan en el terreno de las psicosis y que afectan esa imputabilidad del sujeto; el que, no obstante, se conduce. A este apartado también pueden pertenecer ciertas conductas emocionales de los maníaco-depresivos y epilépticos (inmediatamente antes o después de sus ataques), de algunas realizadas en el puerperio, etc.

Igualmente, en el plano de la aparente normalidad psicológica están las reacciones primitivas. Éstas también se derivan de un estado intensamente emotivo y de las que nos hablan Ernesto Seelig en su *Criminología*,<sup>155</sup> Kretschmer en su *Psicología Forense*<sup>156</sup> y Altavilla en su *Dinámica del Delito*.<sup>157</sup> Dichos autores coinciden en que las reacciones primitivas se caracterizan porque surgen repentinamente; sin control de los mecanismos inhibitorios y en virtud de un estímulo externo que es desproporcionado a la viveza del impulso y reacción. El sujeto, minutos antes no cuenta con que puede realizar una acción de esa índole y el impulso que la precede se determina por intensas emociones que invaden la conciencia. De tal suerte que el estímulo emotivo surge de improviso transformándose en una acción súbita.

"Se comprenden en este actuar impulsivo –nos dice Jiménez Huerta– las acciones explosivas de los irascibles e irritables, las que tienen su mecánica en el campo de la histeria, los estados de embriaguez patológicos, los estados crepusculares afectivos, la

<sup>153</sup> Soler, Sebastián, op. cit., nota 2, t. I, p. 253.

<sup>154</sup> Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., nota 4, t. I, p. 70.

<sup>155</sup> Seelig, Ernesto, *Tratado de Criminología*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 164 y 165.

<sup>156</sup> Cit. por Jiménez Huerta, Mariano, en *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., nota 4, t. I, p. 69.

<sup>157</sup> Altavilla, Enrico, *La Dinámica del Delito*, Bogotá, Editorial Temis, 1977, t. I, p. 152.

cleptomanía.<sup>158</sup> Aunque cabe insistir que el problema de si en estos casos existe delito, se debe dilucidar en el ámbito de la imputabilidad y la culpabilidad. Mas no en el de la conducta, porque el sujeto al reaccionar primitivamente actúa con voluntad.

## APARTADO QUINTO

### TIPO PENAL OBJETIVO

#### SECCIÓN PRIMERA

### ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL DISTINTOS AL RESULTADO Y A LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

#### A. TIPO PENAL

1. El tipo penal, como supuesto legal que describe un hecho punible, es un límite al poder punitivo. Más el mismo tipo penal está a la vez limitado por principios que se deducen del artículo 14 Constitucional. Por una parte, debe estar formulado en forma clara y precisa en la ley, de acuerdo con una de las expresiones de la garantía de exacta aplicación de la ley penal al delito que se trata – principio de norma penal escrita en ley cierta–.

Y de la cual también se obtiene que el tipo penal no debe ser interpretado como a cada uno se le antoje. Pues si la ley es el único medio que autoriza el artículo 14 Constitucional para describir los delitos y sus penas, sin que quepa la analogía o mayoría de razón para aplicarla en perjuicio de la persona imputada, luego, el contenido de un tipo penal plasmado en la ley, debe discernirse taxativamente, según su significado literal no absurdo y, en su caso, conforme a una exégesis contextual garantista, del artículo 1° Constitucional.

2. En ese marco, la hermenéutica de un tipo penal puede llevarse a cabo según su contenido objetivo y subjetivo.

Y en el primer aspecto ha de tenerse presente que las conductas descritas en los tipos, tienen su razón en que afectan bienes jurídicos (principio de lesividad del artículo 22 Constitucional), las que, en su caso, motiven un resultado como obra de su autor (artículo 1° Constitucional) y no de procesos causales ciegos (pues se prohíben conductas y no resultados –versare in re illicita–), sin que en la exégesis de los tipos penales quepa analogía o mayoría de razón para ampliar su ámbito de punición, los que al igual que sus penas han de aplicarse exactamente al hecho delictuoso de que se trate. (Principio de taxatividad –artículo 14. Constitucional–).

Y en el segundo aspecto, para entender que el tipo penal de un delito doloso sólo se concretará si con voluntad y conocimiento se realiza el hecho descrito en aquél. Pues si se dejan de lado los datos reales de la acción que colme al tipo, para sustituirlos por nociones artificiales de la que se supondría típica, se origina un poder penal ajeno a la realidad de las conductas reguladas en la ley penal, sin que aquél se confine por cercos que respeten la dignidad del portador del objeto regulado (artículo 1° Constitucional).

3. En ese contexto, en realidad todas las conductas descritas en los tipos penales son dolosas por su propia naturaleza: cuya concreción conlleva la voluntad y el conocimiento de efectuar el hecho punible que aquéllos refieren. Y sólo por excepción, los delitos podrán ser culposos en los tipos penales que tasa la ley (sistema de *numerus clausus*), donde también la acción conlleva un fin que discrepa del resultado típico que se imputa al autor al haber sido dominable por éste.

#### B. CONDUCTA ESPECÍFICA EN SU MANIFESTACIÓN OBJETIVA

1. La conducta es elemento del tipo que conlleva aspectos objetivos y subjetivos que se manifiestan de manera distinta según se trate de delitos dolosos o culposos. Así, toda conducta dolosa tiene una manifestación objetiva mediante la exteriorización de un determinado comportamiento que se amolda de manera exacta al hecho descrito en un tipo. Y donde esa conducta ha de estar presidida –en su aspecto subjetivo– por el fin y conocimiento de realizar el hecho que el tipo penal describe. Mientras que en los tipos en los que la ley admita la culpa, el fin de la acción ha de discrepar del resultado típico no aceptado que aquélla previsiblemente produce o no evita con motivo de la violación de un deber de cuidado del agente que, precisamente, se resuelva en el resultado.

2. En un tipo penal doloso, la conducta específica puede ser la del autor material que por sí concrete el hecho descrito en aquél. Sin que pase desapercibido que ciertos tipos penales contienen “modalidades” de acción formuladas en forma alterna o conjunta. En el primer caso será suficiente con que el autor realice cualquiera de las acciones enunciadas. Mientras que en el segundo será preciso que lleve a cabo todas las que se articulan de manera agregada. Aunque también puede ser acción típica, la que se ajuste a las demás formas legales de intervención en el delito (diversas a la de autor): cuya relevancia penal siempre dependerá de que algún autor concrete el tipo.

3. En cualquier caso será inadmisibles como típica, una acción de autor material diversa a la específica aludida en el tipo penal de que se trate. Y también será inaceptable la omisión en los tipos penales que sólo refieran acciones o donde la omisión se colija con brega. Así se dispone en el Proyecto que se somete a su consideración. Por ejemplo, el “apoderamiento” en el robo, o la “cópula” en la violación, son locuciones que sólo permiten esas acciones específicas y, por ende, no admiten otras diversas y, además, excluyen la “omisión”.

4. Ahora bien, mientras ciertas figuras típicas describen acciones determinadas (“apoderamiento” en el robo o “copula” en la violación, etc.), otras hacen residir la forma de conducta en una omisión y otras más no puntualizan esa forma, sino que su redacción admite tan la acción como la omisión –y las cuales normalmente implican la infracción de un deber–. Por ejemplo, el delito de evasión de presos, un celador puede cometerlo cuando para aquel fin abre la puerta de la celda del preso, como cuando omite cerrarla a pesar de que está obligado a ello.

Donde para considerar una omisión, ésta ha de aparejar el incumplimiento de un deber jurídico de actuar a cargo del agente que en el caso concreto le sea posible cumplir. Pues la omisión carecerá de relevancia típica si en el caso falta la calidad legal de garante del agente o éste tiene imposibilidad de realizar la acción jurídicamente debida, sin que su proceder –cuando ya estaba a su cargo el deber– propiciara tal imposibilidad.

Asimismo, en el Proyecto se permite que los delitos de resultado externo puedan cometerse mediante una omisión, con independencia de que el tipo describa una acción, o bien no precise una acción específica. Mas aquella sólo será típicamente relevante si viola un deber jurídico de actuar posible de cumplir en el caso concreto y con la que, además, podía evitarse el resultado, cuyas fuentes se especificarán más adelante (delitos de omisión impropia.)

6. Restan todavía muchas consideraciones sobre la acción u omisión que, por un lado, se vinculan con la imputación del resultado en los delitos impropios de omisión y también para resolver cómo ocurre la lesión o el peligro al bien jurídico. Y por el otro, relacionadas con el dolo o el carácter culposos de la acción (y el cual es un elemento de carácter prevalentemente –pero no solo– normativo y, por tanto, objetivo y alterno al dolo en los delitos que tasa la ley.) Y sin las cuales, la conducta no puede entenderse bien en su dimensión típica-penal. Empero, cabe ocuparse antes a vuelapluma de los demás elementos objetivos que puede contener un tipo penal. Y cuya concreción es indispensable para la tipicidad del hecho.

### C. CALIDADES DEL SUJETO ACTIVO Y/O PASIVO

1. La calidad del sujeto activo puede consistir en la condición material, jurídica o cultural asignada al autor en el tipo penal de que se trate, y sin la cual el mismo no podrá concretarse. Por ejemplo, la de “servidor público” como sujeto activo en el peculado; la de “descendiente consanguíneo” como sujeto activo en el parricidio; la de la “relación consanguínea o de cierto parentesco” que se exige para los autores de incesto; el carácter de “abogado, patrono o litigante” en la asistencia dual contradictoria en juicio o litigio; o incluso según calidades alternas, como las de “depositario (convencional)”, o de “depositario judicial”, recogidas en el tipo equiparado al abuso de confianza en el Proyecto, etc.

2. Lo anterior implica que un delito de sujeto activo cualificado sólo podrá concretarlo como autor quien tenga las calidades aludidas en el tipo, pero no así que ese sujeto activo cualificado deba en todos los casos asumir la forma de autor material. Así, en primer lugar, cuando el delito sea de propia mano, siempre será necesario que el sujeto activo cualificado sea autor material, es decir, que él realice por sí mismo la conducta descrita en el tipo.

Por ejemplo, en el incesto sólo cabe la autoría material entre quienes tengan el grado de parentesco que señala el respectivo tipo penal y resultaría un desatino que uno de ellos pudiera cometer la conducta típica, valiéndose de otro ajeno a la relación de parentesco. Lo mismo puede decirse de las declaraciones falsas bajo protesta, el prevaricato, la deserción, etc. De lo que se colige que todos los delitos de propia mano aparejan necesariamente un autor material cualificado. Mas no así, necesariamente, que todos los delitos de sujeto activo cualificado sean de propia mano.

Es decir, los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por autores materiales, ya que del mismo tipo se deriva la exigencia de que el sujeto cualificado realice por sí la acción descrita o implicada en aquél. Sin excluir la posibilidad de que terceros coparticipen a través de otras formas típicas de intervención distintas a las de autor. Sin embargo, en los delitos de sujeto activo cualificado que no sean de propia mano, aun cabe la contingencia de que aquél asuma una forma típica de autor distinta a la de autor material, esto es, de autor mediato, de coautor o de autor en codominio del hecho.

3. En relación con el sujeto pasivo cualificado habrá que aclarar ¿a quién se considera tal? Y luego, ¿en qué consiste la calidad del mismo? La respuesta a la primera pregunta es que el sujeto pasivo será la persona sobre la que recae o hacia la que se dirige la conducta del autor, según lo requiera el tipo. Aunque debe evitarse identificar siempre al sujeto pasivo con el ofendido y con el titular del bien jurídico. El ofendido es la persona física o moral, o entidad pública, que resiente el peligro o lesión causada por el delito. Y el titular del bien jurídico es quien, al tener la disponibilidad del objeto tutelado, ella resulta afectada con la concreción del tipo. Las tres figuras de ordinario coinciden en un sólo sujeto: aunque no en todos los casos.

En efecto, cabe mencionar el delito de fraude en perjuicio de persona moral, ya que sólo las personas físicas pueden ser objeto de engaño (sujetos pasivos), en tanto que la persona moral será la ofendida y a la vez titular de la parte del patrimonio cuya disponibilidad se afecta. En la simulación de actos procesales, el sujeto pasivo será el juez que, con base en el acto simulado, dicte o pueda dictar resolución judicial; el ofendido será la parte o tercero a los que les perjudique esa resolución; pero, además, sin ser ofendido, el Estado resulta ser el titular de la administración de justicia, como bien jurídico que también se afecta con aquel delito.

5. Por su parte, la calidad del sujeto pasivo puede consistir en la especial condición que le asigne un tipo penal. Por ejemplo: en Coahuila, la incapacidad de comprender el significado del hecho o de decidirse conforme a esa comprensión, respecto de quien sea objeto de la violación equiparada. La calidad de ascendiente consanguíneo en primer grado por parte de quien sea objeto del parricidio. El menor de 18 años de edad que sea objeto de la pornografía infantil. Quien tenga hasta veinticuatro horas de nacido y que sea objeto de la privación de su vida, en el infanticidio, etc.

#### D. EL OBJETO

1. En sentido amplio el objeto es la cosa o persona, descritas o implicadas en la figura típica, sobre las que recae la conducta o hacia las que se dirige. Por ejemplo: La cosa mueble será el objeto del apoderamiento en el robo. El bien inmueble será el objeto de la ocupación en el despojo. La persona física a la que se mienta será el objeto del engaño en el fraude. Y sólo quien tenga hasta veinticuatro horas de nacido podrá ser objeto de la acción de infanticidio. En sentido estricto, dado que la persona sobre la que recae o hacia la que se dirige la conducta, también es sujeto pasivo: el objeto sería solo la cosa, condición o situación, sobre la que recae o se dirige la conducta. Sin que por ello cambie la exigencia de un sujeto pasivo de la acción en los tipos que lo impliquen.

2. Por otro lado, también es importante destacar que el objeto ha de tener la calidad o encontrarse en la situación que presuponga el tipo penal de que se trate, y sin las cuales es imposible que el mismo se concrete. Por ejemplo, sólo la persona viva –y no la muerta– puede ser objeto de homicidio. Las personas morales no pueden ser objeto de un engaño en el fraude. Y la persona física que sea objeto de un pretendido engaño debe encontrarse en la situación concreta de ser embaucada, pues si desde antes ella sabe que es mentira con lo que se pretende engatusarla, será imposible timarla con esa farsa. La ausencia de esos presupuestos motiva la atipicidad del hecho, conforme se determina en el proyecto.

#### E. MEDIOS ESPECÍFICOS, ELEMENTOS NORMATIVOS Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

1. Debe examinarse si el tipo penal describe un “medio” para realizar la conducta. Por ejemplo, el “engaño” para lograr la cópula en el estupro. La “violencia”, el mismo “engaño”, la “furtividad” o el “aprovechamiento de la falta de vigilancia” para la posesión u ocupación del inmueble en el despojo. La “intimidación o violencia física” para realizar la cópula en la violación. La “furtividad, el engaño o la violencia” para introducirse a una vivienda, en el allanamiento de morada. En caso de faltar el “medio” que describa la figura típica, habrá atipicidad de la acción.

2. El tipo penal puede aludir a medios o modos de acción, realizados de manera alterna o conjunta. En el primer caso bastará con que la acción se efectúe a través de cualquiera de los formulados. Mas cuando la figura típica enuncie medios o modos de manera conjunta, será necesario que se lleven a cabo todos los señalados en aquélla para que pueda concretarse el tipo. De lo que se sigue que cuando se trata de medios o modos formulados conjuntivamente, será suficiente con que falte cualquiera para que haya atipicidad del hecho. Lo que no sucede cuando en el tipo penal se exponen alternamente, pues la conducta podrá tipificarse empleando cualquiera de los medios o modos que aquél establece de manera alterna, o bien darse un delito plurisubistente por la concreción de varios de ellos.

3. También debe tenerse presente que el medio y el modo radican en la manera específica de que se vale el sujeto para realizar la acción, según se describan en el tipo. En ciertas ocasiones el tipo penal caracteriza la acción con la misma expresión que en otro tipo se emplea para referirla como medio. Por ejemplo, en el fraude y el despojo. En el primero, el engaño es en sí la acción, mientras que, en el despojo, el engaño es uno de los medios alternos con que puede realizarse la ocupación del inmueble. Por supuesto, en otros tipos penales aquellos medios o modos se hacen consistir en maneras o instrumentos determinados que emplea el sujeto para realizar la conducta descrita en el tipo, como, por ejemplo, la gonzúa, el escalamiento o el rompimiento de cerraduras en esas modalidades agravantes del robo.

3. Asimismo deberá constatar, según se describan en el tipo penal: las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión. Por ejemplo, el “apartamento o dependencia de casa habitada” en el allanamiento de morada. Las “veinticuatro horas” siguientes al nacimiento en el infanticidio. Los “artificios” en la estafa, o el “incendio” en el daño calificado. El “aprovechar las condiciones de confusión debidas a catástrofe”, en el robo calificado; etc. Si no se concreta una de las circunstancias que prevea el tipo, que sean esenciales para su punibilidad, existirá atipicidad del hecho. Por ejemplo, estará ausente la exigencia de “vía pública”, cuando se conduzca un vehículo en estado de ebriedad, pero en una vía privada.

4. Habrá que vigilar a la par si las expresiones del tipo conllevan juicios de valoración jurídica, cultural o de desvalor. Mismos que –según la redacción del tipo– siempre han de recaer sobre la conducta, el objeto, una circunstancia o una condición del sujeto activo o pasivo, a los que expresa o implícitamente se adscriba la expresión normativa contenida en el tipo penal. Si se desatiende

la conducta, calidad del sujeto o circunstancia, sobre los que se proyecte el elemento normativo del tipo penal de que se trate, el significado de la expresión normativa del tipo carecería de sentido.

Esos elementos normativos pueden tener un significado jurídico neutro. Por ejemplo: en el peculado la calidad de servidor público del autor se constata según el concepto de aquél en el código penal. En el delito equiparado al fraude de documento de crédito impagado, éste ha de reunir los requisitos que establece la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito para tener aquella calidad. La acepción del elemento también puede ser “cultural”, como la «pornografía» en el delito de corrupción de menores. O bien el elemento podrá aparejar un juicio de desvalor jurídico (por la contrariedad de la conducta con la prescrita en la ley), como el poner «ilegalmente» en libertad a un detenido, en la liberación de presos.

## F. MODALIDADES AGRAVANTES O ATENUANTES DEL TIPO PENAL

1. Las modalidades atenuantes o agravantes se vinculan a algunos tipos penales por virtud de la misma ley penal. Y será incorrecto estimar esas modalidades como meras causas de extensión de la pena, o que sólo ampliarían la responsabilidad penal, solo porque se hallen fuera de dichos tipos penales. Y menos como “causas” del hecho punible, pero que no formarían parte del tipo al que la ley las adscriba, o bien que no incidirían en éste, sino que lo dejarían intacto. Ya que las modalidades agravantes o atenuantes funcionan como auténticos dispositivos legales que amplifican el tipo penal al que se conectan, conformándolo de manera específica y con punibilidad distinta.

Lo anterior es así, porque cuando la ley penal enlaza una circunstancia a un tipo penal para atribuirle cierta punibilidad, aquella modalidad se convierte en “elemento” (contingente, pero esencial) de ese tipo penal. Sin que los jueces tengan facultades para excluir como elemento del tipo, a la circunstancia que la propia ley describe para conformar el supuesto del hecho con cierta punibilidad. Ya que será “elemento” del tipo penal toda circunstancia contenida en la descripción legal de un hecho como punible o que la ley supedita a aquél, y sin la cual, el hecho –sea concreto o como supuesto legalmente descrito– carecería de la punibilidad específica asignada en la ley.

Y es que el contenido de todo tipo depende de la descripción de una conducta como punible en un supuesto legal y –en su caso– en las modalidades legales vinculadas a aquél y por las que la ley le asigna cierta punibilidad. En tal supuesto legal del hecho y su aplicación exacta al delito que lo concrete, descansa la garantía de legalidad en los delitos y las penas del artículo 14 Constitucional. Por ello, el carácter de una modalidad atenuante o agravante como elemento de un tipo, no se excluye porque aquélla se halle fuera de su tipo penal básico, y atenúe o agrave su punibilidad. Pues en la medida que la ley vincule una modalidad al supuesto legal de un hecho, dándole punibilidad específica, aquélla se convierte en parte esencial del tipo, sin la cual es jurídicamente imposible estimar al hecho con dicha punibilidad.

2. De ahí que sea arbitrario considerar que las modalidades atenuantes o agravantes serían causas del hecho o de extensión de la pena, pero que no pertenecerían al tipo. Simplemente, porque no hay razón para negar carácter de elemento del tipo a una circunstancia descrita en la ley penal y que ésta vincule a un tipo básico, atribuyéndole cierta punibilidad.

Así, la opinión que niega carácter de elemento del tipo a las modalidades atenuantes o agravantes, conduce a la incoherencia jurídica de imputar delitos y penas (en menor o mayor entidad) en virtud de circunstancias que serían atípicas a pesar de que la ley las enlaza a un tipo para asignarle a éste cierta punibilidad. Pasando por alto que desde que la ley fija cierta punibilidad a la conducta descrita en un tipo en virtud de una modalidad vinculada al mismo, ésta pasa a ser parte del tipo con aquella punibilidad.

¿Y es que cómo podríamos considerar sensatamente que una conducta conlleva cierta punibilidad en virtud de que concretó determinada circunstancia legal, que la propia ley asocia a un tipo penal, pero que a la vez sería atípica, cuando la garantía de legalidad del artículo 14 Constitucional exige que ley y sus penas deban ser exactamente aplicables al delito de que se trata?

3. De ahí que sea discrepante de la ley, la postura que ve la riña como causa del hecho o extensión de la pena, pero que dejaría intacto al tipo de lesiones. Ya que es en la misma ley donde se atenúa la punibilidad de las lesiones inferidas en riña. Sin que haya razón para argüir que las lesiones en riña tendrían los mismos elementos típicos que las lesiones simples, cuando ello no es así, pues las lesiones en riña poseen este elemento del que carecen las cometidas sin esa modalidad.

4. En el sentido apuntado, la Primera Sala de la SCJN puso en claro que debe tomarse en cuenta al delito con sus modificativas o calificativas, para resolver sobre la libertad provisional. Y que a partir del auto –que ahora sería de vinculación al proceso–, se define respecto a qué delito habrá de seguirse la causa, y sus elementos constitutivos deben quedar determinados, incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas del hecho. Y, asimismo, porque para resolver sobre la libertad provisional deben administrarse las garantías constitucionales, pues de lo contrario se estarían tomando en cuenta hechos ajenos a los que son materia de la acción y del proceso, según se establece en la tesis de jurisprudencia del rubro siguiente:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PARA RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA, DEBE TOMARSE EN CUENTA QUE EL DELITO O DELITOS, INCLUYENDO SUS



5. También puede suceder que el legislador cree tipos penales privilegiados (atenuados) o complementados (agravado), mismos que son autónomos del tipo penal básico. De tal guisa que esos tipos comprenderán los elementos del tipo básico y las circunstancias por las que la ley les asigna una punibilidad menor (tipos privilegiados). O por las que esa penalidad se incrementa (tipos complementados). Por ejemplo, el infanticidio es tipo privilegiado y autónomo del tipo penal de homicidio. Y el parricidio es un tipo complementado, que no depende del citado tipo penal de homicidio. Claro que en dichos casos y en el ámbito de la prueba, si no se acredita la calidad del sujeto activo o pasivo, aún será posible la condena por homicidio, conforme al principio de subsidiariedad.

6. Por último, la falta de la modalidad atenuante o agravante, o de alguna de las circunstancias que vuelvan al tipo en privilegiado o complementado, no impide la punibilidad del tipo básico cuando se concreten sus elementos.

## SECCIÓN SEGUNDA

### IMPUTACIÓN DEL RESULTADO

#### A. DELITOS DE RESULTADO Y DELITOS DE SIMPLE CONDUCTA

1. Cuando se habla de delitos de resultado y delitos de simple conducta se alude a una de las clasificaciones de los tipos penales. Los delitos de simple conducta no exigen un resultado material, sino que basta con que se realice aquélla en las circunstancias descritas en el tipo penal de que se trate. A su vez, en los delitos de resultado, su tipo penal contempla o implica necesariamente una consecuencia configurada por la conducta del autor.

La diferencia entre los delitos de simple conducta y los de resultado no estriba en si hay o no peligro o lesión al bien jurídico, pues todos los delitos requieren de uno de estos extremos, como elementos alternos pero permanentes de todo tipo penal. Mientras que el resultado material es un elemento contingente, que solo será necesario cuando se le describa o implique en un tipo penal.

En suma, todos los tipos penales conllevan la afectación a los bienes jurídicos que aquéllos protegen. Mas no todos los tipos penales aparejan un resultado material como consecuencia de la conducta, pues ello dependerá de que dicho resultado se describa o deduzca como ineludible en el tipo penal de que se trate.

2. Desde el enfoque de la clasificación de delitos –tipos penales– de conducta y de resultado, lo que interesa pues, es atender al supuesto legal del hecho punible. El delito será de simple conducta si en el supuesto legal se delinea tan sólo un comportamiento en ciertas circunstancias que delimitan su ámbito de prohibición en el propio tipo, sin que ninguna de ellas sea consecuencia material de aquel proceder. Mientras que el delito será de resultado cuando el tipo penal refiera, o implique necesariamente, una consecuencia externa –apreciable por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento– como proveniente de la conducta que la configure.

#### B. PREMISAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Para afirmar la tipicidad en un delito de resultado será insuficiente constatar que se realizó la conducta y se produjo el resultado previsto en un tipo penal. Ya que también será necesario que haya relación causal entre la conducta y el resultado, o que éste sea imputable a aquélla. A ese vínculo se le ha llamado nexos causal, y ahora se le denomina imputación objetiva del resultado a la conducta. En tal contexto, un aspecto crucial a resolver es si la acción u omisión del agente configuró el resultado contemplado o implicado en el tipo. Es decir, si tal resultado puede imputarse objetiva –y jurídicamente– a la conducta, como configurado por ella.

De acuerdo con ello, cabe preguntar: ¿cuáles son –o deben ser– los baremos para imputar objetivamente el resultado a la conducta? Esas pautas son las que toca solventar ahora, aunque antes es importante precisar tres aspectos:

1. El primer punto que debe aclararse, es que el nexo causal o imputación objetiva del resultado a la conducta será elemento de un tipo penal sólo en la medida que éste involucre un resultado material o externo, según la descripción legal del hecho. Ello significa que el nexo causal o imputación objetiva del resultado es ajena a los delitos de mera conducta.

2. El segundo punto que debe precisarse es que la imputación objetiva del resultado es un elemento normativo del tipo penal en los delitos de resultado. Pues si bien la conexión parte de un dato natural, en realidad aquélla también es jurídica. Y lo que en definitiva decide su existencia es un enlace de ese orden, con independencia de lo querido por el agente en el ámbito del dolo.

---

159 Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 2/2002, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 289.

De ahí se deriva una postura sistemática: que la imputación del resultado se trate como elemento objetivo del tipo. Esto es, que primero se constate la imputación objetiva del resultado a la conducta por haber sido configurado por ésta dentro del mismo ámbito objetivo del tipo. Y sólo después se examine la concreción del aspecto subjetivo de la conducta respecto al tipo penal de que se trate.

3. El tercer punto que debe señalarse, es que en la gran mayoría de los casos el conocimiento y el fin del autor –por lo general– son irrelevantes para decidir la imputación objetiva del resultado. En tanto aquéllos se deciden mediante un juicio “ex-post”, en el seno del dolo como límite al poder penal. Y siempre y cuando antes se constate la concreción objetiva del tipo, donde si se trata de un delito de resultado, será preciso que el mismo pueda imputarse a la conducta del autor como suyo.

Imputación que se decide “ex-ante”, esto es, atendiendo a la conducta y las circunstancias concurrentes –vistas por un observador imparcial– pero con abstracción del saber y de la voluntad del agente, salvo que éste posea conocimientos especiales de los que se haya valido para configurar el resultado.

Sin perjuicio de luego verificar el conocimiento y fin del autor en la realización del hecho descrito en el tipo. En tanto ellos sirven para resolver si se concretó un tipo penal doloso (cuando la voluntad y conocimiento del hecho realizado coincidan con el descrito en el supuesto legal punible.)

Y donde el examen subjetivo de la acción también es útil para excluir el dolo en los delitos culposos, en tanto que en estos el fin siempre ha de discrepar del resultado típico no aceptado, pero previsible, que se impute en virtud de la violación de un deber de cuidado. Y lo cual se decide normativamente y, por tanto, también en el plano objetivo del tipo, en cuanto la referida violación ha de resolverse en el resultado no aceptado pero previsible, para que se concrete el tipo penal culposo de que se trate.

### C. CRITERIOS PARA LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

El CPF y el CPDF no fijan pautas para resolver la imputación del resultado respecto a todos los tipos penales que lo contemplen, aunque sí instituyen reglas de la teoría de causalidad adecuada para el homicidio, según se verá luego. Lo mismo que los artículos 7° del CPF y 16 del CPDF, arbitran guías para que un resultado –previsto en un tipo– pueda imputarse a una omisión. A su vez, en el Proyecto se acude a dos pautas para decidir el nexo causal (o imputación del resultado): por una parte, el baremo de la causalidad adecuada, y por la otra, el parámetro de la imputación objetiva.

Estas dos teorías permiten evitar los defectos y excesos a los que puede conducir el canon de la equivalencia de las condiciones. Y aunque el CPF y el CPDF no parecen fijar guías para imputar el resultado, en realidad en aquellos códigos hay bases dogmáticas para rechazar la teoría de la equivalencia, por ser insatisfactoria desde varios puntos de vista, en especial, porque a una persona sólo debe imputársele un resultado si éste es obra suya y no del azar, para así evitar punir por el resultado, en tanto la ley prohíbe conductas y no resultados.

Y es que a esa conclusión se llega a través de los mismos CPF y CPDF. Pues debe reconocerse que algunos de los remedios a las fallas de la tesis de la equivalencia se consignan respecto al homicidio en los artículos 303, 304 y 305 del CPF y 124 del CPDF (en el sentido de la teoría de la causa adecuada). Los cuales se complementan con la debida exégesis acerca del carácter desaprobado de la conducta en los tipos culposos y en los impropios de omisión, en tanto la violación al deber –de cuidado o de actuar, como elementos de esos tipos penales– ha de resolverse en el resultado, para poder imputarlo a la conducta. Cabe ocuparse de esas teorías según se adoptan en el Proyecto.

### D. TESIS DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

1. Para decidir en un primer escalón el nexo causal, los tribunales federales y la SCJN adoptaron la teoría de la equivalencia de las condiciones, según se aprecia en las tesis jurisprudenciales de rubros siguientes:

NEXO DE CAUSALIDAD.<sup>160</sup> Y,

RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL.<sup>161</sup>

2. Así, conforme a esas tesis, cabe considerar una conducta como causa del resultado, si ella fue una de las condiciones que concursaron en su producción. Ya que la teoría de la equivalencia entiende por causa, al conjunto de condiciones positivas y negativas que contribuyeron a la realización del resultado. De lo que se sigue que tendrán igual valor todas las condiciones que hayan concurrido en la verificación de aquél. Esto es, serán equivalentes en su causación. Por ende, tan es verdad afirmar que causa es la suma de todas las condiciones, como igual lo es decir que toda condición será causa del resultado si suprimida en mente la

160 Tesis IV.3o.144 P, Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, t. XV-II, febrero, p. 415.

161 Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, t. XXVI, Segunda Parte, p. 134.

acción –condición positiva–, o añadida la acción debida en vez de la omisión –condición negativa–, el resultado se habría dejado de producir.

3. En tal contexto, el comportamiento será causa del resultado siempre que éste no se hubiera producido sin aquél. Sin que importe si se entreveraron otras concausas en su producción. Ya que el proceder humano –objetivamente considerado– y otras condiciones que hayan concurrido, sean preexistentes, simultáneas o posteriores a la conducta, serán equivalentes en la causación. Para la tesis de la equivalencia, si la conducta fungió como condición, las concausas no excluirán el nexo causal entre aquélla y el resultado. Y sólo se negará la imputación cuando aun sin la acción subsistiría el resultado o cuando éste se habría dado aun con la acción debida que se omitió. Casos que motivarán la atipicidad por falta de la imputación del resultado como elemento del tipo.

#### B. REFERENCIA A LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

1. Antes de continuar es importante atender de manera especial a la omisión que puede ser relevante para que se le impute el resultado que se describa en un tipo penal, según se regula en los artículos 7º-párrafo-segundo del CPF, 16 del CPDF y en el Proyecto.

De esa regulación se advierte que en los delitos de resultado por omisión (comisión por omisión, o de omisión impropia, como igual se les conoce), primero ha de examinarse la concreción de los presupuestos legales que dan relevancia a la omisión y luego decidir si se le imputa el resultado. Ahora bien, la misma ley penal prevé que los delitos de resultado puedan cometerse con una omisión. Y para fijar la relevancia de una omisión ante un resultado, en un primer escalón deberá buscarse la situación –descrita en la ley penal– de las que surja el deber jurídico de actuar en el caso concreto, que el garante violó con su omisión. Para luego decidir la imputación del resultado si éste se habría evitado con la acción debida.

2. De las disposiciones de la Iniciativa también se obtiene un segundo escalón, por el que sólo podrá atribuirse un resultado típico a quien no lo impidió, si en el caso “podía” actuar en el sentido de su deber y así evitar aquella consecuencia. La abstención de la acción debida se transforma en omisión típicamente relevante, sólo cuando en un plano objetivo el agente contraría un deber jurídico de actuar a su cargo –como garante– que “podía” observar y así evitar el resultado.

En suma, la ley penal prohíbe conductas y no meros resultados, como tampoco contempla a aquellos que provendrían de la omisión de acciones imposibles de realizar, ni a las que sean inidóneas para evitarlos.

3. De igual modo sería arbitrario que a los delitos de omisión impropia no se vinculara un precepto legal que señalara las situaciones en las que se genera el deber de actuar, llamadas “posiciones de garante”.

Si en la ley penal no se erigiera a ciertos sujetos en garantes del bien jurídico a salvaguardar, cuando se hallen en ciertas posiciones fijadas en aquélla, que den lugar al deber de actuar, se dejaría a las personas a merced de los jueces que las juzguen, para que ellos decidieran, según sus personales concepciones, cuándo existiría ese deber que volvería penalmente relevante una omisión, lo cual implicaría un serio descalabro a la seguridad jurídica y conllevaría a un estado de incertidumbre en desdoro de la libertad personal y del principio de certeza de la ley penal que deriva del artículo 14 Constitucional.

Además, sería inconstitucional que la pena se impusiera por la omisión de un supuesto deber de actuar, sin que éste se apoyara en una situación legal que lo asignara, a pesar de que el artículo 14 Constitucional reserva sólo a la ley la previa especificación del hecho punible. Por tanto, quedaría en manos de los jueces el poder creador de deberes de actuar cuya contrariedad fuese penalmente relevante por quien habría omitido la acción, cuyo “deber” estaría en la cabeza del juez y no en la ley. Lo cual lleva a objetar aquellos vacíos para los delitos de omisión impropia, no expresamente escritos en la ley.

4. Respecto a las posiciones de garante en los delitos impropios de omisión, es ilustrativa la “exposición de motivos” del CPDF, que expresó:

“La comisión por omisión se introdujo en el Código Penal en 1994. De entre todas las fuentes de garantía reconocidas por los juspenalistas, se adoptaron: la ley, el contrato y el actuar precedente del agente, a pesar de que tales fuentes no son las más recomendables por los problemas que generan al momento de su aplicación. La doctrina, casi en forma unánime, las ha descartado. La ley es una fuente tan amplia que abarca toda la normatividad jurídica existente, lo que propicia inseguridad jurídica. El contrato origina problemas de existencia y de validez, por lo que, en caso de controversia, primero habría que interiorizarse a la solución de los problemas de índole civil para poder hacer frente a la problemática penal. El actuar precedente, debe limitarse, necesariamente a su realización culposa o fortuita, debido a que el actuar precedente doloso configura, por sí mismo, una comisión por acción dolosa. Por lo apuntado, se regulan como fuentes de la calidad de garante: a) Circunscritas relaciones de parentesco, garantizadoras de específicos bienes jurídicos, en lugar de la ley; b) Aceptación efectiva de la custodia de bienes jurídicos, en lugar del contrato; c) El propio actuar precedente, expresamente limitado a su realización culposa o fortuita, y d) La voluntaria pertenencia a una comunidad que afronta peligros de la naturaleza, en lugar de la situación de formar parte de especiales comunidades de vida o de peligro, que propone la doctrina”.

5. Por último, conforme al Proyecto, el deber de actuar podrá surgir de principios de solidaridad social, cuando: el garante “advierta como inminente el resultado, éste sea seguro y pueda evitarlo sin riesgo para el omiso o terceros”. Ejemplo: quien, al estar junto a una pila de agua de muy poca profundidad, omite auxiliar a un menor de un año de edad que cerca de él ve que cae a la pila y yace en el fondo, donde se ahoga, no obstante que estuvo al alcance del omitente sacarlo desde luego.

Cuando falte el deber jurídico de actuar actualizable para el agente como garante en el caso concreto, la omisión no podrá plantearse como típicamente relevante frente al resultado. Eventos en los que habrá atipicidad. Sin que sobre reiterar que la omisión también será típicamente irrelevante cuando el agente se halle en la imposibilidad –no procurada– de realizar la acción que sería debida. Por ejemplo: quien en un lugar apartado encuentra a otro gravemente lesionado, que después muere, lo que podía evitarse con el auxilio necesario en un hospital al que podía ser trasladado a tiempo de contar con un vehículo, pero que en el caso no traía quien sería omitente, ni nadie pasó con un coche para que, avisado del percance, pudiera llevar a tiempo al lesionado.

9. Solo resta señalar que cuando se determina a la omisión como relevante, porque violó un deber de actuar posible de cumplir, enseguida debe examinarse si cabe imputarle el resultado. Así, el resultado se imputará a la omisión si se habría evitado con la acción debida, posible de efectuar. Por tanto, la imputación se excluirá cuando el resultado se habría dado aun con la acción debida. Así, el guardavía que omite dar las señales, pero el tren de todas suertes se hubiera descarrilado al venir con fallas en los frenos, a gran velocidad y en una curva pronunciada.

### C. CRÍTICA A LA TESIS DE LA EQUIVALENCIA

1. A la teoría de la equivalencia se le objeta que no resuelve los casos de “causalidad doble” y “complementaria”. Como ejemplo se expone que si dos sujetos, cada uno por su cuenta, vierten dosis letales de veneno en el vaso de té de la víctima: según la teoría de la equivalencia ninguna dosis sería causa del resultado si la persona muere envenenada por ingerir el tóxico, pues si se suprime cualquiera de las pociones letales, el resultado aún se produce. (Causalidad doble.) A igual conclusión se llega cuando ninguna de las pócimas sea letal, pero sí la suma de ellas. (Causalidad complementada.) Y ello, aunque en ambos casos los dos agentes causaron la muerte, mediante una causalidad doble o complementada.

Empero, esa clase de casos no debe originar perplejidad en la ley penal mexicana. De ellos dan cuenta los artículos 13-VIII del CPF, 26 del CPDF y el Proyecto del CPC, en cuanto establecen que el resultado se imputa –con penalidad atenuada– a todos los que se sepa que sin preordenación realizaron conductas idóneas para producirlo. Sin embargo, esos preceptos ya revelan que la teoría de la equivalencia no rige sin más en el Derecho Penal Mexicano según los criterios judiciales que así lo entiendan. Pues si así fuera, no cabría imputar el resultado a las conductas no preordenadas, a pesar de que ellas lo produjeron.

2. A la teoría de la equivalencia también se le censura que al nivelar como causa a todas las condiciones que concurrieron, conduce a situaciones grotescas y a una extensión ciega de la causalidad. Ello es cierto. Porque según esa teoría son inadmisibles las interrupciones del nexo causal por el concurso de otras condiciones. Es decir, para aquélla es suficiente con que en la producción del resultado haya concurrido cualquier condición. Ello incluye a conductas que hubieran carecido de suficiente potencialidad causal. Como también la teoría admite otras concausas ajenas al peligro que originó la conducta y a las que se les puede enlazar el resultado, aun cuando tal conexión sea absurda a pesar del nexo de la equivalencia.

En tal contexto se critica que la teoría de la equivalencia lleva a que el padre y la madre de quien más tarde se convierte en asesino, también se les imputaría el homicidio. Asimismo, si alguien le fractura el dedo de un pie a quien muere en un accidente automovilístico cuando se le traslada al hospital por aquel motivo, según la teoría de la equivalencia subsiste el nexo causal con la conducta de quien originó la fisura ósea. Porque sin ésta, la muerte no se habría dado. Por tanto, la muerte también sería imputable a quién fracturó, aun cuando la cisura no fuese relevante para el resultado (filtro de la tesis de la relevancia), o la acción fuera inidónea, es decir, careciera de potencialidad causal concreta para producirlo (filtro de la tesis de la causa adecuada).

3. A la teoría de la equivalencia también se le reprende que lleva a desenlaces inadmisibles en casos de “causalidad sustitutiva”. Pues sería irracional excluir la imputación cuando un autor sustituto habría realizado el hecho, en caso de fallar el agente. (Principio de asunción).

Por ello, quien roba un bien, no puede apelar a que sin duda otro hubiera sustraído la cosa, por lo que el dueño igual la hubiera perdido. De ello se sigue –dice Roxin– que “el Derecho no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también las infringiría. Pues lo contrario produciría una chocante impunidad solo porque en vez de una persona decidida a ejecutar el hecho, hubiera varias dispuestas a ello”.<sup>162</sup>

4. Los reparos a la tesis de la equivalencia surgen por igual, en cuanto sostiene la imputación frente a la conducta del autor que fungiría como causa, a pesar de concurrir otras condiciones anómalas o inusuales que motiven el resultado. Por ejemplo, quien es llevado al hospital por lesiones, pero muere por la anestesia. De igual modo, la acción dolosa de un tercero con la suficiente

162 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, reimpresión, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1999, t. I, pp. 368 y 369.

potencialidad para causar el daño, deja intacta la acción precedente de otro que carecía de dicha capacidad pero que sí lo facilitó. De esa manera, si la amante le entrega a su compañero un veneno, con el que éste mata a su esposa, aquélla habría causado la muerte de ésta, aunque no conociera el fin del mancebo con el tóxico.<sup>163</sup>

5. Así las cosas, ya desde la primera mitad del siglo pasado había unanimidad en la doctrina que el nexo causal basado en la teoría de la equivalencia, requería de otros filtros objetivos. Los cuales colaran a ciertos cursos causales en el propio ámbito objetivo del tipo. En especial a los extraordinarios. Ellos se encontraron, sucesivamente, en las tesis de la causalidad relevante, la del dominio del hecho –de la cual se deriva la de causalidad adecuada– y las de imputación objetiva del resultado.

#### D. LA CAUSA ADECUADA Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Según observa Frisch:<sup>164</sup> el punto de partida de la imputación objetiva en sede finalista es el escrito de Honig de 1930. Honig planteó que si bien era cierto que la conexión causal requería de un filtro que depurara a ciertos cursos causales en el ámbito del tipo, en especial a los extraordinarios; también era verdad la necesidad de que tal tamiz conllevara un fundamento de los resultados típicos como obra de la persona. De tal manera que pudiera decirse que fue suyo el resultado. Y no sólo se le sustentara o excluyera a través de un mero curso lógico, pero despersonalizado de las consecuencias. Como lo hacía la teoría de la equivalencia y en su inicio lo entendió la tesis de la relevancia a través de estimaciones basadas en regularidades estadísticas.

La pregunta que debía hacerse era, pues, la siguiente: ¿Se le puede atribuir el resultado al agente como suyo? Para ello Honig dio un paso importante: puso en un plano ontológico la relación típica entre acción y resultado. Honig se basó en las reflexiones de Larenz sobre la imputación civil. Y señaló que lo relevante para que se concretaran los tipos de resultado, era saber si éste puede verse como obra del agente. Porque sólo en virtud de su obrar puede imputársele el resultado a una persona. En tal sentido, lo que caracteriza a las personas es que pueden configurar el mundo según su voluntad. Y de ello se sigue que sólo puede estimarse «configurado» un resultado, si éste es consecuencia de una expresión de la voluntad capaz de controlar el curso causal.

O, dicho de otro modo, el resultado se imputará a la conducta sólo cuando pueda estimársele ex-ante como dispuesto por la acción. Así es como el resultado puede atribuirse de manera objetiva al agente, sin que se desnaturalice la conducta en el ámbito del tipo. Por lo que el resultado no se imputa cuando él es fruto de la casualidad, como tampoco se atribuyen resultados que no sean expresión de una acción que haya sido capaz de configurarlos. Tal postura apuntó hacia la teoría del dominio del hecho que luego desarrolló Welzel para la acción final. Aunque Welzel la concibió para el dominio del hecho como cuestión que atañía más al aspecto subjetivo –que al objetivo– del tipo penal. A diferencia de Honig que desde un inicio la ubicó en el ámbito objetivo del tipo.

De todas suertes, de ellas se obtiene la idea de dominabilidad del hecho por el autor, como marco y límite para imputarle el resultado. De tal modo que el mismo no le será imputable si no se percibe que el sujeto ordenó el suceso como expresión de su acción por la cual configurara el resultado. Dicho de otro modo, el resultado debió estar bajo el dominio de la conducta del autor, en tanto estuvo en sus manos originarlo en virtud de una acción idónea al mismo. Y el resultado no podrá ser expresión del dominio del hecho cuando aquél se produce más por el azar. O por acciones de otros, o por consecuencias extraordinarias que estén fuera del control de la voluntad expresada en la acción, que en tales casos ya será inidónea al resultado.

3. Mas la óptica de Honig fue por igual base de gran parte de las nuevas teorías de la imputación objetiva del resultado a la conducta. Dichas tesis no excluyen a la tesis de Honig. De la cual parten. Sino van más allá del enfoque lógico pero deshumanizado de la tesis causalista, o del nivel prejurídico de la imputación del resultado, según su dominabilidad por el autor –en tanto su acción haya sido adecuada al resultado–. Pues añaden filtros nuevos de cuño jurídico. Con los cuales puede hablarse de una imputación «jurídica» del resultado a la conducta, cuando siendo desaprobada, el motivo de desaprobación se resolvió en el resultado.

De ello se sigue que habrá resultados que no se imputan en casos que no filtran las teorías de la equivalencia y de la causa adecuada, la cual sólo imputa el resultado si proviene de una acción idónea del autor, que postuló Honig y la teoría del dominio del hecho.

5. En ese contexto: a) cabe ocuparse primero del planteamiento inicial de la teoría de la adecuación, su desarrollo finalista y su aplicación dogmática en nuestro Derecho. b) Luego ver la orientación de las nuevas teorías de la imputación objetiva. c) Y después atender al posible ajuste de éstas últimas al Derecho Penal mexicano.

#### E. EL FILTRO DE LA CAUSA ADECUADA: POSTURA FINALISTA

1. La tesis original de la causa adecuada, reputó como tal a la condición que de manera regular producía el resultado (teoría de la causa relevante). Esto es, serían relevantes para producir un resultado aquellas condiciones que en forma abstracta y general pudieran considerarse idóneas para generarlo. Esta idoneidad genérica y de cierta constancia se fundó sobre un cálculo de cierta uniformidad derivado de la experiencia. Donde, con independencia del caso concreto, sería condición del resultado aquélla que

<sup>163</sup> Roxin, Claus, op. cit., nota 17, pp. 355 y 356.

<sup>164</sup> Frisch, Wolfgang, La imputación objetiva... Sobre el estado de la..., op. cit., nota 16, pp. 25 y ss.

guardarse una relación de regularidad estadística con el resultado. En este sentido, Jiménez Huerta apunta a von Bar como precursor de dicha postura.<sup>165</sup> Von Bar –enseña Jiménez Huerta–: “...excluía de la causalidad en el ámbito jurídico, todo aquello que no correspondía a los por él llamados “riesgos generales de la vida”.”<sup>166</sup>

2. Empero, la teoría de la causa relevante tenía el defecto de apoyarse en abstracciones y generalizaciones apartadas de los casos concretos, en los que pudiera verse al resultado como obra de la persona, es decir, como dominable por su conducta. Por ello, señaló Jiménez Huerta: “...la idoneidad de la conducta para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciada en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó”.<sup>167</sup>

3. Luego, ¿cómo se enjuicia la “inidoneidad” de la conducta del agente? En la medida que hayan concurrido circunstancias que por sí mismas originaron el resultado, o bien, cuando por sí mismas hayan ampliado la potencia causal de la conducta respecto al resultado, lo cual evidenciará que en sí era inadecuada para producirlo. Al respecto Soler señaló:

“...para la doctrina de la equivalencia es inadmisibles la interrupción del nexo causal, ya que, si un hecho es condición de otro, asume la categoría de causa aun en el caso en que para su eficiencia sea necesaria la intervención de otras condiciones. Y para la doctrina de la adecuación, un hecho preexistente, simultáneo o superveniente a la conducta del sujeto interrumpe el nexo causal, cuando hace surgir consecuencias excepcionales que en el curso normal de los hechos análogos no se derivan de la acción del sujeto”.<sup>168</sup>

Ello conduce a un aspecto que Honig remarcó desde 1930: La necesidad de que los filtros aparejen un fundamento del resultado típico como obra de la persona. Y ello en la medida que aquella haya sido capaz de configurar el mundo exterior de tal modo que se pudiera decir que es suyo el resultado. Se trata así de atender a una condición de índole humanista, que sea adicional a los límites que surgían con base en el mero curso físico o lógico –pero despersonalizado– de las secuelas de la acción, como lo hace la teoría de la equivalencia, o con apoyo en la frecuencia estadística de causas, como lo planteó la tesis de la relevancia. Ya que debe negarse la imputación cuando la conducta haya sido concretamente inadecuada para producir el resultado, que se dio por otras circunstancias.

4. Mariano Jiménez Huerta fue quizá el primero en México que desde 1972 visualizó y proyectó en el Derecho Penal de nuestro país, la teoría de la causalidad adecuada de corte finalista. Así se desprende de los siguientes párrafos de su obra:

“...La doctrina de la causalidad adecuada tiende a valorar teleológicamente la causalidad humana trascendente para el Derecho penal. Es intuitivo que en la idea-fin ínsita en el concepto, está latente, en forma larvada, un resultado fáctico penalmente relevante. [...] Un tiro de pistola es adecuado para matar un hombre y no lo es para dañar un bosque [...]. Causa adecuada es, pues, la conducta humana que, además de ser conditio sine qua non de un resultado, asume relevancia por implicar una forma idónea de producir dicho resultado habida cuenta de la concreta situación en que el agente actúa”.<sup>169</sup>

“No se trata pues, de indagar las causas naturales determinantes de un resultado dado, sino de precisar la eficacia de una causa ya individualizada –el comportamiento humano– que ha tenido en la producción de un resultado concreto, relevante para el Derecho penal. Esta premisa sitúa el problema dentro de un marco ya individualizado y con un fondo teleológico jurídico-penal. Sólo la causa humana tiene relieve en nuestra ciencia. La teoría de la causación adecuada tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en el orden jurídico la causalidad humana; su fin es establecer, para el ámbito del Derecho, un límite a la causalidad fenoménica despersonalizada. Y como desde el punto de vista de un estricto logicismo ajurídico es arbitrario e imposible limitar el curso causal, la teoría de la adecuación trata de personificar la causa y precisar sus contornos. Según esta teoría, para que exista ante el Derecho una relación causal entre el comportamiento y el resultado, forzoso es que el hombre haya producido el resultado con una conducta idónea para su realización”.<sup>170</sup>

“...Necesario es, por último, fijar con base en cuáles conocimientos debe ser valorada la idoneidad de la conducta, esto es, si con base en los conocimientos del juez, de un hombre particularmente perspicaz, del hombre medio o del propio agente. El juicio se debe formular con base en los conocimientos que pudiera tener un hombre de media inteligencia en el momento del hecho; pero en el caso en que el agente hubiera tenido conocimientos superiores o por razones particulares hubiera llegado a conocer circunstancias de otros ignoradas, deberá tenerse esto en cuenta en el juicio de adecuación”.

165 Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., nota 12, p. 156.

166 Por su parte, Roxin refiere que el creador de la teoría de la causa relevante fue Johannes v. Kries (1853-1928), en tanto que a Maximilian v. Buri le atribuye una fundamentación más profunda de la teoría de la equivalencia. (Roxin, Claus, op. cit., nota 17, pp. 349 y 359.)

167 *Ibidem*.

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

169 Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal..., op. cit., nota 12, pp. 157 a 158.

170 *Idem*.

“Así, si un empleado ferroviario sabe que un puente va a ser hundido e induce a una persona a viajar en el tren que parte para dicho lugar, la conducta del empleado debe considerarse idónea respecto a la muerte del viajero acaecida en el desastre. La exigencia de una valoración a priori obliga a una interpretación – subraya Pedrazzi– distinta de aquella que ve en la figura típica una árida ecuación causal, sino un comportamiento humano, un fragmento de vida caracterizado por un típico significado social”.<sup>171</sup>

Para ello, Jiménez Huerta –siguiendo a Welzel– aludió que la concepción de la causa adecuada al caso concreto, concuerda con un enfoque ontológico de la acción en el marco de las figuras típicas. Ya que el juicio de adecuación se formula con base en los efectos de la acción que estén dentro del peligro que aquélla originó, ajustada –en su caso– a los conocimientos especiales del autor. De ahí que faltará la adecuación si el resultado acaece por concurrir factores extraordinarios ajenos a la acción que lo configuraría. Ello acontece cuando el herido muere por un incendio en el hospital o por un choque cuando le transportaban al mismo, pues el resultado deriva de esos acontecimientos sobrevinientes, no ligados a la acción de quien hirió, por el necesario nexo de adecuación.

5. ¿Tiene algún apoyo en nuestro Derecho esa postura? Ciertamente sí. El mismo Jiménez Huerta demostró que así se colegía de los artículos 303, 304 y 305 del CPF de 1931 –cuyo contenido aún subsiste en el actual CPF– en orden al homicidio. Pues mientras que la teoría de la equivalencia parifica las concausas, en virtud de que no predominan unas sobre otras. En cambio, para la teoría de la adecuación, la concausa es aquella condición que concurrió a la producción del resultado y que prevalece sobre la acción del autor, en la medida que dicha concausa se encuentre fuera del curso de las consecuencias dominables por la acción del autor, que de otra manera habría sido idónea para producirlo. La que así origina el efecto de impedir la imputación del resultado a la conducta.

Pues bien, al interpretarse en sentido contrario los artículos 303-I del CPF y 124 del CPDF, resulta que en ellos se aceptan las concausas como interruptoras de la imputación del resultado, cuando aquéllas originen un distinto curso causal que motive el resultado y que así revelen la inidoneidad de la acción para producirlo: pues esas concausas son las que operan cuando la muerte –según el artículo 303-I del CPF interpretado en sentido contrario– «no» “...se deba a las alteraciones causadas por las consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión...”; o bien, “que [sí] pueda combatirse, ya sea por ser curable o por tener al alcance los recursos necesarios”.

Así, basta el caso del herido que muere incinerado en el accidente de tránsito cuando se le lleva al médico. La imputación de la muerte a la herida se excluye aun cuando la acción de herir fue condición del deceso, pues éste no se debió –según el artículo 303-I–: “a las alteraciones causadas por la lesión... o a complicaciones determinadas por la misma lesión...”. Y en su caso, porque –en sentido contrario– “...la lesión [herida] sí era curable y se tenían al alcance los recursos necesarios”. También Jiménez destacó que el artículo 305 del CPF admite a las concausas, en cuanto dispone: “no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera quien la recibió...cuando la lesión se hubiera agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos del paciente o de los que le rodearon”.

En todas esas hipótesis, es evidente que aun cuando la lesión es condición de la muerte, ésta no es imputable a quien lesionó. Razones que cabe reiterar respecto a la fracción I del artículo 303 del CPF y en los supuestos del artículo 124 del CPDF, pues en esos preceptos también se ajusta la imputación a la idoneidad de la acción para que las lesiones puedan estimarse mortales. Así, según el artículo 303-I del CPF, la muerte que ha de imputarse es la que se debió a las complicaciones orgánicas que se derivaron de la lesión –que así conservó su idoneidad para producir el resultado–. Sin que haya motivo –en opinión de Jiménez– para excluir el nexo causal porque la muerte se debió a la constitución de la víctima.

Tampoco habrá motivo para excluir la imputación del resultado a la acción lesiva, “cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión”, según se señala en el artículo 124 del CPDF. Aunque interpretada en sentido contrario la última parte de ese numeral, no se imputará la muerte a quien lesionó, si es que surge una complicación que era “evitable”, de tal modo que al no impedirse la misma cuando pudo hacerse, la muerte ya obedecerá a una condición negativa ajena a la lesión, la cual ya se mostrará como inadecuada para producir el resultado.

6. Por su lado, aunque en el Proyecto se admite la tesis de la equivalencia como primer paso para decidir la existencia del nexo causal entre el resultado y la conducta. La subsistencia de aquel nexo a su vez se condiciona a que el desarrollo del peligro generado por la conducta no devenga en un proceso causal “irregular”, pues el resultado no será imputable a la conducta cuando intervenga otra “concausa” anterior, concomitante o posterior, que “obre por sí misma y de manera suficiente para determinar el resultado”.

7. En tal virtud, según este primer filtro, las concausas impedirán la imputación del resultado a la conducta: “cuando aparezca otra concausa que sea suficiente por sí misma para producirlo”. En tales casos, si bien es cierto que, si se suprime la acción del agente, el resultado no se habría producido y, por tanto, esa conducta sería causa del resultado, también es verdad que no se imputa a la acción, al concurrir una diversa condición (concausa) preexistente, simultánea o posterior, que haya sido suficiente por sí misma para producir el resultado. Teoría de la causa adecuada al caso concreto: como primer filtro (adoptado en el Proyecto), a la teoría de la equivalencia.

8. La concausa que impida la imputación debe ser real y no imaginaria o hipotética. Además, debe operar por sí de manera suficiente para producir el resultado. Ello aparece indagar si el resultado se dio por la conducta o bien por la concausa. Lo que se decide con base en pruebas. Y no por la mera regla de la equivalencia. La cual sólo tiene una función heurística, esto es, de confirmación de sucesos que en realidad debieron probarse. En la práctica forense sigue siendo válida la postura que formuló Stopato desde 1903<sup>172</sup>: a nadie se le ocurrirá sostener que un homicidio se prueba porque se constata que alguien le disparó a otra persona y ésta muere. Al menos mientras antes no se demuestre –a través de la necropsia y demás peritajes– que el proyectil disparado causó la muerte.

8. De ahí, que mientras las concausas no hayan incidido por sí mismas y de manera suficiente para causar el resultado, no habrá porque invocarlas como excluyentes de la imputación. Como sí serán determinantes para excluirla, aquéllas que hayan operado por sí para producir el resultado. En efecto, de la teoría de la causa adecuada también queda claro que la concausa ha de operar con potencialidad bastante para dar pie al resultado. Por ello, comete homicidio quien priva de la vida a quien ya padece una herida que más tarde le causaría su fallecimiento. O quien priva de la vida a un enfermo incurable cuyo padecimiento después le mataría. Y también el médico será causante de la invalidez de un paciente, aunque su error clínico de tratamiento sólo adelante la parálisis que de seguro se daría más tarde.

9. La concausa excluyente de la imputación puede consistir en la conducta lícita o ilícita del afectado, o bien de otra persona. También aquélla puede consistir en un fenómeno físico, biológico o de otro orden que opere por sí para causar el resultado. Ejemplos: Quien muere por una operación descuidada motivada por la lesión que otro infirió. El lesionado por otro que sucumbe por trombosis que ocasiona el medicamento que ingiere en mayor cantidad o frecuencia de la indicada. Quien fallece politraumatizado por el deslave de una mina abandonada, originado por el deterioro de su estructura, aunque la persona entrara al túnel instada por otra de hacerlo, la cual esperaba derrumbarlo para que aquélla muriera del desplome.

En todos esos casos, en el Proyecto se obliga al juzgador a hacer un examen de la idoneidad concreta de la conducta para causar el resultado. Excluyendo su imputación, cuando en vez de la conducta imputada, haya sido una concausa la que operó “por sí y en forma “suficiente” para producirlo. Ya que, si las concausas preexistentes, simultáneas o posteriores a la conducta, no operaron “por sí mismas ni en forma suficiente” en la verificación del resultado, es porque carecieron de idoneidad para interrumpir la línea evolutiva del peligro iniciada por la conducta del agente. Y, por tanto, el resultado debe imputarse a la conducta de aquél.

La expresión concausa significa pues el concurso de una condición (anterior, simultánea o superveniente) distinta a la acción, que influye por sí y de manera suficiente en el curso peligroso iniciado por aquélla. Empero, también se estima como causa adecuada aquella condición que haya originado el resultado en forma independiente. Es decir, sin que aquélla incidiera en el peligro originado por la acción. Por ejemplo, cuando un herido muere de un infarto por una deficiencia cardíaca previa a la herida y sin que ésta influyera en la angina. En este caso hubo dos condiciones independientes entre sí, aunque de todos modos no se imputa el resultado a la acción, cuando haya sido la condición independiente la que fungió por sí para originarlo.

Más cuando la herida que influye en el sujeto activo influye en una enfermedad preexistente del pasivo, sí habrá en sentido estricto una concausa. Sobre las que habrá que decidir si fue la patología anterior o la herida inferida la que fue suficiente para producir el resultado. Ya que, si la condición anómala preexistente operó por sí y de manera suficiente para ocasionar el resultado, la herida inferida al pasivo perderá su idoneidad.

Es cierto que puede suceder en el ámbito de la prueba, que no pueda establecerse cuál condición fue la que determinó el resultado, lo cual impedirá imputarlo a la conducta de la persona acusada. Y aunque ésta es una cuestión probatoria y no sustantiva, de todos modos, conlleva a no poder sostener la tipicidad de la conducta.

10. Asimismo, excluir la imputación del resultado por una concausa que la impida, no significa negar siempre relevancia típica a la conducta, pues subsidiariamente puede persistir la diversa tipicidad a que aquélla hubiese dado lugar, o bien en virtud de tentativa punible que origine peligro para el bien jurídico, donde su inconsumación se debió a causa ajena a la voluntad del agente, esto es, a la “concausa”. (Principio de subsidiariedad).

11. Es también nítido que el resultado deba imputarse a quien origine uno que a la vez sea idóneo para desembocar en aquél. Por ello se imputa la muerte a quien le influye a otro una lesión que le desencadene una patología preexistente que dé pie a su deceso. Por ejemplo, el hemofílico que sangra sin parar por un golpe, hasta que muere. Pues la hemofilia no aplicó por sí para su muerte, sino que ésta ocurrió por la contusión que recibió, desencadenando el previo padecimiento. La solución es diversa si se detiene la hemorragia, pero la herida sangra de nuevo por descuidos del paciente, pues los idóneos para ocasionarle la muerte serán la hemofilia y las negligencias del paciente.

Empero, aún cabe preguntar ¿será correcto imputar el resultado que ocurra por condiciones extraordinarias de la víctima? Sí, ya que el pasivo no tiene por qué soportar las secuelas de una conducta desaprobada del agente. Por lo que la imputación sólo se excluirá si el sujeto pasivo concurre de manera determinante al resultado con su propia conducta, o incide otra concausa de manera suficiente

---

172 Citado por Ramos Rivera, en su cátedra de Teoría del delito, Saltillo, Facultad de Jurisprudencia, Posgrado, Maestría, UA de C, octubre de 2007.



para originarlo. O, dicho de otro modo, el resultado no se imputa cuando la víctima asuma el riesgo de manera libre y responsable, donde su conducta y condiciones escapen a la dominabilidad de la acción por parte de quien sería autor, de tal forma que el resultado ya no pueda verse como obra de una acción adecuada de éste, sino de la auto-puesta en peligro, libre y responsable de la propia víctima, a pesar de sus condiciones.<sup>173</sup>

La misma solución cabe según lo dispuesto en los artículos 303-I y 305 del CPF, y 124 del CPDF, pues la imputación se excluye “por excesos del paciente” [o sujeto pasivo], y, además, interpretados en sentido contrario, cuando “la complicación [no fue] determinada por la misma lesión”, sino por circunstancias ajenas a ella que sí originaron la muerte; o bien, “porque la lesión [...] podía combatirse al ser curable”. Aspectos que indican que la concausa impidente de la imputación puede provenir de la acción de otro o del mismo sujeto pasivo.

12. Ciertamente, aunque todavía se debate en la esfera filosófica –más que en la física– si la omisión puede fungir como causa de un resultado. También es innegable que, en el plano normativo de la tipicidad, las omisiones de acciones debidas capaces de evitar el resultado se reconocen como equivalentes a una causa en el CPF, el CPDF y el Proyecto. Incluso el CPDF y el Proyecto contemplan a las omisiones de las acciones debidas con la equivalencia de causas para imputarles resultados, precisamente cuando contrarían un deber jurídico de actuar en el caso concreto, posible de cumplir y que evitaría el resultado.

En tal orden de ideas, la omisión de una acción jurídicamente debida, posible de realizar y de evitar el resultado, es una condición negativa que puede influir y operar de manera equivalente a una acción, como causa de un resultado. De tal modo que si dicha condición negativa se entrevera a un devenir causal que se inició por la conducta de quien sería autor, aquélla tendrá la naturaleza de concausa. Misma que impedirá la imputación del resultado a la acción del agente, si de haberse realizado la acción debida que se omitió, el resultado pudo evitarse.

Luego, las cirugías motivadas por lesiones al paciente, excluirán imputar la muerte a éstas últimas, si concurren las condiciones siguientes: 1. Por descuido se omitieron las acciones que para el caso exigía la técnica médica. 2. Mismas que se podían efectuar. Y 3. Con las que era posible evitar el resultado.

## F. LOS FILTROS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. En el centro de los nuevos motivos a favor de esa categoría objetiva se halla la pregunta: ¿Con qué condiciones normativas debe imputarse el resultado a la conducta del agente? La imputación del resultado a omisiones de un deber jurídico de actuar, posible de acatar y de evitar el resultado ya hablan en tal sentido, donde es la valoración de un deber que de haberse acatado hubiera evitado el resultado, la que decide si el mismo se imputa. Para Honig sólo importó la realidad que el Derecho ha de considerar para estimar al resultado como configurado por la persona. Postura que siguió Welzel, aunque respecto al tipo subjetivo. Mientras que ahora son criterios “jurídicos” los que ocupan el sitio central. Este nuevo rumbo no es casual. Y él significa algo que pretendería ser más comprensivo que la idea de Honig.

2. El plan de Honig se enfocó al modo por el que podía verse el resultado como obra del sujeto, esto es, como configurado por su conducta en virtud de la dominabilidad del hecho que haya tenido el comportamiento de aquél. Mientras que, en las tesis de la imputación objetiva del resultado, que se desarrollan desde 1970 con Roxin<sup>174</sup> como uno de sus impulsores más influyentes, son calificaciones jurídicas de la acción, las que pasan a ser la clave. Es decir, las que deciden en el ámbito del injusto si el resultado se le imputa a la conducta del agente. Con lo que del plano ontológico se pasa al deontológico: El agente debe realizar una conducta riesgosa que desaprobe el Derecho y cuyo motivo de desaprobación se resuelva en el resultado.

---

173 Al respecto es ilustrativa la siguiente tesis de la Sala Penal del TSJC: IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO, CASO EN QUE NO SE IMPUTA, AUNQUE CONCURRA LA ESPECIAL CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO. Según el artículo 331 del Código Penal, el resultado debe imputarse a quien le infiera a otro una lesión que – aunque por sí carezca de la capacidad de ocasionar la muerte–, la misma desencadene en el lesionado una patología preexistente que dé pie a su deceso. Ya que, por regla general, la víctima no tiene por qué soportar la conducta desaprobada del agente. Más dicha regla no aplica, cuando sea la propia víctima quien se exceda –según se deriva del artículo 332-2) del mismo código–, es decir, cuando aquélla sea la que de manera libre y auto-responsable asuma el riesgo, donde sus condiciones extraordinarias escapen a la dominabilidad de la acción por quien la realice: de tal forma que el resultado ya no pueda verse como obra de éste último, sino en virtud de la auto-puesta en peligro, libre y auto-responsable de la propia víctima a pesar de sus condiciones preexistentes de salud que, junto con su propio exceso –más aún si fue uno desaprobado–, se resolvieron en el resultado; y es que debe tomarse en cuenta que una concausa excluyente de la imputación puede consistir en la conducta ilícita de otro, según se dispone en el artículo 35 del Código Penal –como fue la de la víctima que, a pesar de saber sus condiciones de salud no advertibles para terceros ni para el imputado, provocó a éste a reñir, y donde un solo golpe de éste, inidóneo por sí para originarle la muerte, sí se la produjo debido a las ocultas condiciones extraordinarias de salud del ahora occiso que agredió al imputado–. Sala Colegiada Penal, toca penal 173/2010, sentencia número 346, 10 de agosto de 2010.

174 Roxin empieza a destacar los planteamientos de la imputación objetiva, en sus *Problemas Básicos del Derecho Penal*, traducida por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Editorial Reus S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, pp. 342 a 411.

Esa máxima no excluye que la imputación del resultado pueda decidirse con base en la dominabilidad del resultado que se vea como obra del autor, por virtud de la idoneidad de su conducta para dicho efecto. Sino que añade dos condiciones: 1) La desaprobación jurídica de la conducta que sea riesgosa para el bien jurídico. Y 2) Que el motivo de desaprobación de la conducta determine el resultado. Concepción con la cual ya es evidente que se alude a un modelo distinto al de Honig. Para éste, la cuestión residió en delimitar de modo ontológico los cursos causales como obra de la persona. Mas ahora se pretende que aquellos obedezcan a una conducta desaprobada que se resuelva en el resultado, lo cual correspondería examinar en el “injusto”, es decir, frente a una conducta típica y antijurídica.

3. Y lo que en el Derecho Penal Mexicano tiene importancia en los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) y en los delitos culposos: en la medida que su tipo penal requiere que la conducta contrarie un deber de actuar (en los de comisión por omisión), o un deber de cuidado (en los delitos culposos) que motive el resultado, a tal grado que éste no se imputará cuando se habría dado aun con el ajuste al deber de actuar o de cuidado.

4. No es ocioso apuntar, que no es posible decidir siempre “objetivamente” cuando se está ante una conducta a la que le sea imputable el resultado, sin atender a conocimientos especiales del autor, en la medida de que se valga o se aproveche de ellos para arreglar el resultado. Si el agente insta a viajar en avión al pariente del que sabe testó a su favor, deseando que la aeronave sea presa de una bomba, pero sin saber qué ocurrirá, el resultado no se imputará si el aparato explota en el vuelo por un atentado. En cambio, se imputará el resultado al agente, si éste sabía del plan violento y convenció al pariente para que viajara en el objeto del designio criminal. Y es que el dominio de un hecho también puede consistir en hacer que una persona vaya hacia un curso lesivo con cierta seguridad, no advertible para ella.

#### G. UN REPLANTEO SISTEMÁTICO A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Las nuevas teorías de la imputación objetiva sustentan la atribución del resultado a la conducta, sólo cuando ésta sea “desaprobada” y el motivo de desaprobación se resuelva en aquél. Para explicar tal postura acuden a un figurado “tipo penal global”, que abarcaría al “injusto” (una concreta conducta típica y antijurídica). Pues –en su concepto– el “injusto” ha de ajustarse al llamado tipo penal global.<sup>175</sup> Éste comprendería al supuesto penal de la conducta y, además, a los motivos por los que el Derecho la desaprueba y que han de resolverse en el resultado.

Empero, esos puntos de partida son inconvincentes, porque en la esfera legal no existen “tipos penales globales”, cuya concreción siempre involucre la desaprobación de la conducta, constituyendo un “injusto”. Asimismo, proceder con base en los principios que norman el injusto para resolver la imputación del resultado que prevea un tipo penal, apareja confundir aspectos que atañen al carácter antijurídico de una acción típica, con los que conciernen a la concreción de un tipo penal de resultado, cuya conducta no esté desvalorada con un elemento normativo.

Sin que, para salvar esa objeción, valga aducir que se impone examinar el injusto para resolver la imputación del resultado, porque de otra manera aquél se desgajaría en parcelas que no son independientes. Pues con ello se desatiende que el análisis de cuándo una conducta es típica y cuándo es injusta, no solo permite diferenciar los problemas que atañen a cada presupuesto, sino que también ayuda a resolverlos con congruencia, sin traslapar soluciones entre ellos, que lleven a confusiones que el pensamiento sistemático debe evitar. Sostener que no se imputaría el resultado que prevea un tipo, a quien al configurarlo actuó con causa de licitud, significa desestimar que el delito se excluye porque la conducta típica es lícita, pero no porque no le sea imputable el resultado.

En tal virtud, si bien es cierto que luego de examinar si una conducta fue típica, ha de verificarse si constituyó un injusto, es decir, si la conducta típica fue antijurídica. Igual es verdad, que antes de ello, para decidir el carácter típico de una conducta, solo cabe tomar en cuenta los elementos descritos en el supuesto legal del hecho punible, y dentro de ellos, en su caso, la imputación del resultado, sin introducir otras condiciones que no demande el tipo en examen. Sin perjuicio de que, dada la tipicidad de la conducta, ésta se valore como injusta porque se realizó sin causa de licitud. O viceversa, que el injusto se excluya si la conducta típica se efectuó con causa de licitud.

En otras palabras, no puede compartirse la idea de que en todo delito de resultado debería acudirse a los principios del injusto para que sólo se impute el resultado de un tipo, a una acción desaprobada que se resuelva en aquél. Ya que, si el tipo penal carece de un elemento de desvalor jurídico de la conducta que se resuelva en el resultado: no hay razón para introducir cuestiones ajenas al tipo, a efecto de solventar dicha imputación, y las que más bien atañen a la antijuridicidad de la conducta. Proceder de la manera que se critica, conduce a embrollar aspectos que atañen al carácter injusto de una acción típica, con los que tocan a la concreción de un tipo penal de resultado cuyo contenido no esté desvalorado con un elemento normativo.

2. De ahí que el problema tampoco se soluciona con la consideración de que las causas de licitud no excluyen la prohibición de la conducta típica, sino que sólo la justifican. Simplemente porque tal postura es incapaz de explicar ¿cómo sería posible que una conducta típica que, por ese motivo, ya sería prohibida legalmente, pueda a la vez ser conforme a Derecho en virtud de que concurra una causa legal que la legitime?

175 Al respecto véase a Roxin, Claus, Derecho Penal..., op. cit., nota 17, pp. 287 y ss.

La concreción de una causa de licitud no justifica una conducta típica prohibida, sino que impide la oposición de la conducta típica con la norma penal prohibitiva, cuya contrariedad sólo puede valorarse como tal, cuando se constate la concreción del tipo penal sin que concurra causa de licitud. De lo que se sigue que una conducta típica será injusta (y prohibida) si –y sólo si– se realiza sin causa de licitud.

3. Por todo ello, cabe objetar a la teoría de imputación objetiva, en cuanto postula que no se imputaría el resultado cuando la acción evite uno más grave o lo retrase. Porque aun aceptando que el fin de las normas penales no puede ser prohibir acciones que atenúen la gravedad de un resultado o lo retarden. Como, por ejemplo, cuando se fractura la pierna a otro al empujarlo para impedir que le mate un peñasco a punto de caer sobre su cabeza. O cuando se paga la deuda de otro con su dinero, que, de no hacerlo, sea razonable que le deparará severos perjuicios. Y por lo que toca a las acciones que aplazan el resultado, el caso que cita Rudolphi: “...el médico salva a un lesionado en un accidente y con esto, como él lo sabe, sólo consigue que aquél muera de cáncer algún tiempo más tarde”.176

Lo cierto es que cuando se ocasiona un daño menor que impide uno más severo, en realidad se imputa el resultado y, por tanto, se concreta el tipo penal, pero no está prohibida la conducta típica lesiva, sino ella es lícita, al realizarse en estado de necesidad. Asimismo, en el segundo evento, la conducta típica tampoco es ilícita, sino conforme a derecho, al concurrir circunstancias que permiten presumir que, si se hubiera consultado al titular, éste hubiera dado su consentimiento. Y por lo que toca a las acciones que aplazan el resultado no propiciado por el autor, porque simplemente no hay tipos penales que prevean esas acciones como delitos, ni tendría por qué haberlos, al no tratarse de conductas afectantes de bienes jurídicos.

4. Los puntos de partida sistemáticos de la teoría de la imputación objetiva, como serían el tipo penal global y el injusto para resolver la imputación del resultado, a pesar de que ésta es una cuestión que atañe a la tipicidad de la conducta, son pues, los objetables. Mas esos reparos no anulan las razones por las que el punto cardinal de la teoría siga siendo aplicable en la concreción de tipos penales con elementos normativos que aparejen una conducta desaprobada, donde el motivo de desaprobación deba resolverse en el resultado. De tal modo que el problema metodológico puede solucionarse con un replanteo del igual orden: frente a tipos penales que, al contener un elemento de desvalor jurídico de la acción, sólo pueda imputársele el resultado si se motivó por la índole desaprobada de aquélla.

Y, aun así, el que ciertos tipos penales ya involucren un elemento de desvalor que se resuelva en el resultado, ello no constituirá por fuerza un injusto penal, pues, aunque se haya realizado una acción típica –y a prima facie desaprobada–, aún podrá excluirse el injusto si ella se efectuó al amparo de una causa de licitud.

5. De todo ello se sigue que el resultado no se imputará a la conducta: 1) Cuando ésta no genere un riesgo jurídicamente desaprobado desde el nivel del tipo que exija esa desaprobación. Esto es, cuando el sujeto se ajuste al deber de cuidado o a la acción debida. 2) Cuando la desaprobación de la acción carezca de relación directa con el resultado. Es decir, cuando la norma que se viole no esté dirigida directamente a evitar el resultado. 3) Cuando el motivo de desaprobación no se resuelva en el resultado; en la medida que aun de haber observado el cuidado debido o de haber realizado la acción debida, el resultado se pudo producir.

Todo ello apunta a los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) y culposos. Por lo ya habiendo examinado, los aspectos torales de la imputación objetiva del resultado en los delitos de omisión impropia, cabrá ocuparse en su momento de los delitos culposos.

### SECCIÓN TERCERA

#### AFECTACIÓN AL BIEN JURÍDICO

##### A. LESIÓN O PELIGRO AL BIEN JURÍDICO Y TIPO PENAL

1. Si la razón para crear los tipos penales es proteger de determinadas afectaciones a bienes jurídicos, que por la forma en que se efectúan se hace ineludible la conminación penal: por ende, será esencial que al concretarse algún tipo penal se afecte el o los bienes jurídicos que el mismo proteja.

Así se desprende del artículo 22 Constitucional y se dispone en el artículo 4 del CPDF y en el Proyecto. Y así también se infiere del contenido, la regulación y ordenación de los delitos –tipos penales– en particular, en el Proyecto, como igual de las excluyentes de delito por anuencia del titular. Ya que el delito se excluye tan cuando en el caso no exista el bien jurídico, como también cuando la conducta no lo lesione, ni lo ponga en peligro de que sea lesionado, ya sea por la imposibilidad de afectarlo, o bien, por el consentimiento expreso o tácito del titular para la injerencia sobre el objeto de tutela, en los casos en que esta intromisión sea admisible.

2. El artículo 9 de la Iniciativa, a diferencia del resto de la República, da un concepto de bien jurídico, donde el mismo no consiste en algún derecho, sino en la situación (objeto de protección) que disfruta un sujeto (titular), en virtud de un derecho, o bien, en aquella que se dirige a satisfacerlo.

## B. PRECISIÓN DE BIEN JURÍDICO Y DE SU LESIÓN O PELIGRO

1. En la línea expuesta, es importante precisar que el concepto de “bien jurídico” parte de un “objeto de protección jurídica”. Éste es la situación que disfruta –en virtud de un derecho que le asiste– una persona física o moral, o bien la situación que le hace posible a una institución pública o al estado, satisfacer derechos o dirigirse a su satisfacción. En tal tenor, como “objetos de tutela” están la vida y la salud personal, la libertad en sus diversas manifestaciones, los bienes y valores del patrimonio de entidades y personas, el desarrollo de la personalidad en los diferentes aspectos que sean objeto de protección jurídica, la impartición de justicia, la obtención de recursos fiscales, el ejercicio de funciones públicas para satisfacer derechos, etc.

2. No obstante, así como el “objeto de protección” carece de sentido sin la existencia de la situación que posibilita su disfrute. De la misma forma, en muchos eventos el “objeto de protección” igual carecerá de sentido sin la “disponibilidad del sujeto” (titular) sobre el objeto protegido. Pues poco o ningún significado tendrían la libertad sexual o la propiedad, por ejemplo, sin la posibilidad de una persona para autodeterminarse sexualmente, o de poseer, usar o vender cosas o valores determinados que ostenta como propietaria. De esta manera, la noción de “bien jurídico” no sólo se conforma con el objeto de protección legal, sino en virtud de la disponibilidad de un sujeto (titular) sobre el susodicho objeto tutelado.

De ahí que la afectación al bien jurídico protegido que implica la concreción de cualquier tipo penal, en muchos casos no ocurrirá sólo porque la acción haya incidido en el objeto de protección de otro, sino debido a que esa acción afectó la disponibilidad de ese objeto por parte de su titular, porque éste no consintió la intromisión expresada en la acción típica.

3. Y, aun así, la lesión o peligro al bien sólo tendrán importancia en materia penal, en la medida que la conducta que origine la afectación se ajuste a los demás elementos del tipo penal. Y es que hay incontables conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos que no se describen como punibles en tipos penales. En los que siempre ha de encontrarse como elemento dicha lesión o peligro al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate.

4. Todo lo cual es trascendente en varios aspectos:

El primero: Para precisar que el bien jurídico es la disponibilidad de un sujeto sobre un objeto de protección legal, mismo que consiste en una situación que alguien disfruta debido a un derecho, o por la cual el Estado o una institución pública obtienen o ejercen recursos o funciones para satisfacer aquellos derechos.

El segundo: Para tener presente que las afectaciones a bienes jurídicos sólo tendrán relevancia penal, cuando también se concreten los demás elementos del tipo que las involucre.

El tercero: Para recordar que la afectación a un bien jurídico presupone que éste existe y que otro lo lesione, o ponga en peligro de lesionar la disponibilidad del titular sobre el objeto protegido.

El cuarto. Para decidir si era posible la afectación al bien jurídico, según en el caso existía o no el “objeto de protección”: esto es, la situación concreta –individual o colectiva– de la que podía disfrutar cierto sujeto, en virtud de un derecho, o bien por la cual era posible que un sujeto (estado o entidad pública) satisficiera esos derechos por imperativo de la misma ley.

El quinto. Asimismo, cuando se trate de peligro de lesión que exija el tipo penal, para decidir –en una perspectiva ex-ante– si la acción puso en riesgo real, ya sea concreto o potencial, de lesionar la disponibilidad del titular sobre el objeto de protección.

El sexto. Para decidir si existió la lesión al bien jurídico según el titular haya o no consentido expresa o tácitamente la injerencia sobre el objeto de protección.

Y el séptimo: Para determinar si la lesión fue o no significativa en el caso concreto, porque aún cabía esperar –o, por el contrario, ya no era posible– disponer del objeto protegido.

## C. ¿ES ABSTRACTA O CONCRETA LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO?

1. La asimilación de un bien jurídico con la vida, la salud, la libertad y autodeterminación, la expresión de las ideas, el desarrollo de la personalidad, el honor, el patrimonio, la seguridad pública, etc., ha propiciado la idea equivocada de que cabría apreciar de manera abstracta la lesión al bien de que se trate, según esto, porque la acción típica afectaría de manera indeterminada al objeto protegido. Sin embargo, la acción lesiva o peligrosa al bien que protege cada tipo penal que se concrete, siempre ha de expresarse en una afectación determinable a la disponibilidad del titular (identificado por individuos, personas morales o instituciones públicas) sobre un objeto de protección específico, en la forma en que la ley describe el hecho punible.

Ello significa, que el homicidio no lesiona la vida humana en general, sino que afecta la vida de un ser humano concreto, donde y cuando se le ocasiona la muerte. El homicidio en grado de tentativa no se dirige sin más contra la vida de las personas, sino contra una determinada que está viva, donde y cuando la acción ponga en peligro concreto la vida de aquélla. El secuestro lesiona la libertad donde y por todo el tiempo en que se prolonga la acción lesiva de privación de la libertad deambulatoria del titular. El robo no afecta en general al patrimonio de una persona, sino que lesiona la disponibilidad del titular sobre las cosas muebles que fueron objeto del apoderamiento, sin consentimiento de aquél.

2. Por otra parte, un tipo penal puede implicar la lesión a diversos bienes jurídicos (tipos plurilesivos). Lo cual apareja que se estará en presencia de un tipo penal de lesiones a múltiples bienes jurídicos. Los tipos penales plurilesivos encierran la lesión a diversos bienes jurídicos de una forma alterna o bien de manera cumulativa. En el primer supuesto será suficiente que se afecte cualquiera de los bienes jurídicos protegidos. Mas en el segundo, será preciso que se afecte a todos los bienes jurídicos conjuntamente protegidos. Por ejemplo, la privación de la libertad para fines sexuales supone lesionar la libertad de la mujer y al menos el riesgo de que sea afectada su libertad o seguridad sexuales.

3. La descripción del tipo también puede implicar afectaciones conjuntas a bienes jurídicos individuales y colectivos protegidos según la familia de delitos de que se trate. Como sucede con el delito de incendio y otros estragos, que lesiona bienes individuales o colectivos y a la vez afecta la seguridad de otros al ponerlos en peligro de ser lesionados. En tal caso, ningún valor tendrá para impedir la lesión, que haya prestado su consentimiento el titular de un bien patrimonial dañado o puesto en peligro por el incendio o inundación, si de todos modos aquellos estragos lesionaron o pusieron en peligro bienes jurídicos de terceros que no consintieron, afectando así su seguridad.

4. El delito de encubrimiento por receptación supone que antes se lesionó un bien al cometerse otro delito y luego, que el receptor adquiera, reciba u oculte el producto del mismo sin que haya participado en aquél. Ello aparejaría que el tipo de receptación, fuera accesorio de la lesión ocasionada por el delito cuyo producto fue objeto de la receptación, el cual por lo general es un robo. Sin embargo, el tipo penal de receptación en realidad no protege al patrimonio, sino más bien se orienta a no entorpecer la investigación del delito.

5. La afectación al bien jurídico también puede consistir en un peligro concreto, esto es, donde la conducta cree la probabilidad real de cierta lesión determinada. Así ocurre en la tentativa punible y en todos aquellos delitos donde la redacción del tipo implique que la conducta origine una situación de específico peligro para el bien, es decir, porque genere la probabilidad de lesionar de cierto modo concreto al bien tutelado.

Más igual caben los delitos de peligro potencial. En los cuales, ha de darse un peligro real para el bien, al infringir márgenes del riesgo permitido de lesionar al objeto de tutela, pero sin que sea preciso que se le coloque en riesgo concreto de ser lesionado.

El contagio venéreo del artículo 199 bis del CPF es un tipo de peligro concreto, ya que si quien padece el mal venéreo en período infeccioso tiene relaciones sexuales con una persona sana, será obvio que la pondrá en riesgo de contagiarla desde luego. Mientras que el abandono de niños incapaces de cuidarse por sí, del artículo 335 del CPF, es un delito de peligro potencial, donde de todos modos tal peligro deberá existir, en la medida que la acción sea adecuada para colocar al menor en condiciones que afectarán su salud o vida. Por ello el tipo no se concretará cuando el bebé sea dejado abrigado, alimentado y en lugar concurrido y así sea encontrado, pues ello excluye las condiciones para que sobreviniera un daño a la salud o vida del menor.

De ahí el yerro de estimar, como Jiménez Huerta, que en los delitos de peligro abstracto (potencial) no cabría establecer su inexistencia, pues el legislador habría asumido una presunción del peligro, con independencia de que conste.<sup>177</sup> Una exégesis así tolera punir conductas sin capacidad (en los delitos de peligro potencial), de lesionar realmente al bien, lo que contraría la garantía del artículo 22 Constitucional. De ahí que tan sea atípico yacer sexualmente con otro, cuando ambos ya estén contagiados del mal venéreo, como abandonar al enfermo en un lugar que sea fácilmente encontrado antes de que necesite atención. Como igual lo sea verter sustancias que contaminarían lo que ya está más contaminado de lo permitido.

### C. LESIÓN AL BIEN Y SU RELACIÓN CON EL OBJETO Y/O EL RESULTADO

1. El objeto material que prevea un tipo no es en sí el objeto de protección, aunque sí puede ser la manifestación corpórea del mismo, cuya disponibilidad por parte del titular se afecta con la concreción del tipo. Así, mientras que el objeto material puede ser la cosa o persona sobre las que incide la conducta típica o hacia las cuales se dirige. El objeto de tutela es por lo general la disponibilidad del sujeto sobre situaciones protegidas que a veces son intangibles, en virtud del disfrute de un derecho individual o colectivo, o bien por las cuales es posible que un sujeto de índole pública satisfaga derechos.

2. Asimismo, es verdad que el resultado descrito en el tipo puede ser un reflejo de la lesión al bien, a tal grado que, si no ocurre el que involucre el tipo, ni siquiera cabe plantear la posibilidad de que sea lesionado. Empero, la lesión al bien no debe asimilarse con el resultado en todos los casos, como tampoco con la disposición de un tercero sobre el objeto material. Pues, aunque en ciertos delitos, la lesión al bien presupone aquel resultado material, o bien que un tercero disponga del objeto material, aspectos que

<sup>177</sup> Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal..., nota 3, p. 191.

permiten identificar la lesión concreta al bien jurídico. En realidad, para que la lesión exista será preciso que la injerencia afecte la disponibilidad del titular sobre el objeto protegido, en virtud de que no fue consentida por aquél.

De ello se sigue que cuando se trate de un bien jurídico indisponible por un tercero: la mera intrusión de otro en la disponibilidad del objeto protegido, concretando, además, los demás elementos del tipo penal de que se trate, ocasionarán ya de por sí la lesión al bien jurídico como elemento del tipo penal, toda vez que esa lesión se dará con independencia de lo que respecto a la disponibilidad del objeto de tutela eventualmente hubiera determinado quien resintió la acción.

Así acontece con un buen número de bienes jurídicos colectivos y con los que su titular es un ente estatal –salvo que en la ley se permitan ciertas injerencias respecto a unos u otros–, o bien cuando el titular individual no está en condiciones de brindar un consentimiento eficaz o falta el de su representante legal, o porque la misma naturaleza del bien jurídico individual no tolere su disponibilidad absoluta por otra persona ajena a su titular.

3. Por otra parte, la idea de que la lesión del bien jurídico consiste en un daño, menoscabo o disposición física del objeto de la acción, es incompatible con los delitos en los que se lesione un bien que no tenga una manifestación tangible o en los que la lesión carezca de una expresión material. Por ejemplo, la prevaricación respecto a la lesión a la administración de justicia. Por ello, cabe insistir que debe evitarse asimilar sin más al resultado material que involucre un tipo penal, con la lesión al bien, a la cual cierto sector de la doctrina también denomina resultado jurídico.<sup>178</sup>

4. Distinción que motiva la clasificación de delitos de lesión y de peligro, por un lado, y de simple conducta o de resultado, por el otro. En tal sentido, todos los delitos son de resultado jurídico, pero no así de resultado material. Es decir, el resultado jurídico es expresión que emplea la doctrina –aunque con frecuencia ella habla de resultado a secas– para designar a la afectación al bien que implica la concreción de un tipo. Y sólo cuando se trata de un delito de resultado material, la lesión al bien podrá manifestarse en aquél.

De ahí que aun cuando todos los delitos conllevan una afectación a uno o más bienes protegidos, no todos requieren que acontezca un resultado material. Pues ello dependerá de que él se contemple o implique de manera necesaria en el tipo. En cuyo caso para la tipicidad del hecho será esencial que se configure el resultado material, además del llamado resultado jurídico. Aunque precisamente por todo ello, igual vale destacar que el resultado material no aparejará en todos los casos que se lesionó al bien jurídico: pues bien puede suceder que, aun concretándose el resultado, falte la lesión al bien, porque siendo disponible por el titular, éste o su representante consintieron la injerencia.

#### D. AFECTACIÓN AL BIEN JURÍDICO SEGÚN SU DISPONIBILIDAD

##### I. Bienes jurídicos indisponibles por otros

1. En dicho orden de ideas, la intromisión de otro en el objeto de tutela a través de la concreción del tipo, será bastante para sostener que hay lesión al bien, cuando el tipo contemple la protección de bienes jurídicos colectivos: como de ordinario ocurre cuando el titular sea el Estado, otro ente público o un grupo indeterminado de personas, de tal manera que haya un interés público o común en preservar el objeto protegido. Como también sucederá así cuando el tipo contemple la lesión de un bien jurídico individual donde el consentimiento para la injerencia se estima racionalmente viciado de antemano, como acontece cuando el titular pide su muerte sin que aparezca motivo para esa petición, o consienta lesiones que a todas luces atentan contra su dignidad.

2. El contenido de algunos tipos impide que se excluya la tipicidad por el consentimiento del titular. Esto sucede en los que suponen una cooperación de la víctima, donde el fin es la seguridad –más que la libertad del titular para disfrutar del objeto protegido–, cuando no esté en condiciones de ejercerla libre, responsable e informadamente. Como también cuando el consentimiento pueda ser objeto de demérito por engaño o debido a una situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Así, la corrupción o el abuso sexual de menores e incapaces, la pornografía infantil, el estupro, la violación equiparada sobre personas sin capacidad de comprender la naturaleza del acto sexual, el fraude, la usura, la extorsión, etc.

3. Cuando el titular del bien sea directamente el Estado o la comunidad, también está descartado el consentimiento como excluyente del tipo. El falso testimonio, por ejemplo, habida cuenta que el bien protegido es la seguridad en la correcta impartición de justicia. Como igual sucede con la usurpación del estado civil, en tanto éste se protege en el ámbito público.

##### II. Bienes jurídicos que son disponibles

1. Hay muchos casos donde el interés público de preservar el bien jurídico existe en la medida del interés individual sobre el bien. La tutela penal del bien es, pues, indirecta en esos eventos: dado que el fin no es el interés público a la protección del bien como tal, sino el interés público de que no se lesione al particular en un bien que nada más es de su incumbencia disponer de él. Por ello, el Estado sólo tiene un interés reflejo de que los individuos no frustren el interés que tenga el titular en disponer de su bien en la

178 En México, véase a Pavón Vasconcelos, Francisco, *Concurso Aparente de Normas*, Puebla, Pue., Editorial Cajica, S.A., 1975, p. 45 y ss. Asimismo a Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal...*, op. cit., nota 3, pp. 126 y ss.

medida prevenida por él mismo. Interés indirecto que, precisamente, sólo puede existir en la medida que el titular no haya dispuesto la intromisión de otro sobre el bien o cuando ésta excedió los límites del consentimiento expreso o tácito del titular.

En ese terreno entran todos los bienes jurídicos individuales donde se protege la disponibilidad que tengan las personas sobre objetos de protección provenientes del disfrute o ejercicio libre y responsable de derechos. En dichas categorías se hallan ciertos delitos contra la salud personal, los que lesionan la libertad de autodeterminarse sexualmente, los delitos contra la privacidad o intimidad personal, los relativos al honor, una gran parte de los delitos contra el patrimonio y todos aquellos delitos que aun cuando el bien jurídico sea colectivo, la misma redacción del tipo refiere o implica la falta del consentimiento, permiso o autorización de un sujeto individualizado.<sup>179</sup>

2. De aquí que cuando se trata de bienes jurídicos donde el titular puede ejercer su facultad de disposición del objeto, y alguien realice actos de intromisión ajustándose a la medida de dicho consentimiento, sea este expreso o tácito: tales actos de injerencia no serán más que la expresión de la voluntad libre del titular de disponer del objeto en una medida que él mismo fijó conforme a su interés. Lo que conlleva a la ausencia de lesión al bien jurídico y, por ende, que aun concretados los demás elementos del tipo penal de que se trate, se excluya el delito por consentimiento del titular.

## E. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD

### I. Fundamentación del consentimiento como causa de atipicidad

1. El consentimiento del titular de un bien disponible, si bien impide la antijuridicidad de la conducta, antes de ello y en prelación lógica-jurídica se constituye en causa de atipicidad, al dar pie a la ausencia de afectación al bien.

2. Por ello, es erróneo estimar –según la tesis dualista– que el consentimiento sólo sería causa de insubsunción típica en los tipos cuyo texto exija o implique la falta del consentimiento del titular del bien, o que la conducta se realice contra su voluntad. (Revelación de secretos, robo, uso temporal de cosa ajena, allanamiento de morada, etc.) Y que, en los demás casos, el consentimiento sería causa de licitud, pero no de atipicidad. Pues ésta también ocurre en los delitos cuyo tipo penal no condicione su concreción a la falta del consentimiento del titular, siempre y cuando el tipo de que se trate apareje la lesión a un bien cuya disposición no suponga un vicio del consentimiento. (Daño en propiedad ajena, lesiones, abuso de confianza, administración fraudulenta, entre muchos otros).

Incluso habrá atipicidad cuando siendo el tipo penal de simple conducta, éste tutele un bien jurídico cuya disposición por otro pueda consentirse por el titular y así haya ocurrido. (Por ejemplo, la modificación de información de sistemas o equipos de informática protegidos por un mecanismo de seguridad, del artículo 211-bis del CPF.) Y es que, por un lado, ello depende de las bases constitucionales de nuestra autodeterminación para disfrutar nuestros derechos o para el cumplimiento de funciones públicas. (Artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10 y 27 C., entre otros.) Y por otro, se debe a que el motivo legislativo de creación de los tipos penales, es la grave afectación que su concreción implica para bienes jurídicos.

3. Es pues correcto estimar que el consentimiento impedirá la subsunción típica en los casos en que en el texto del tipo se exija o implique la falta del consentimiento del titular del bien, o que la conducta contemplada en el tipo se realice contra la voluntad de aquél. Mas precisamente por lo ya expuesto, es insatisfactoria la tesis dualista que sostiene –de acuerdo con aquella distinción– que el consentimiento como causa de atipicidad nada más operaría en los tipos penales cuyo texto implique o exija la falta del consentimiento del titular respecto del bien. Mientras que, en los tipos restantes, el consentimiento del titular dejaría intocada la tipicidad y sólo excluiría la antijuridicidad.

Porque tal tesis pasa por alto que todo tipo encierra una afectación al bien jurídico protegido (artículo 22 Constitucional), y que cuando en el tipo se alude a una consecuencia que incida en el objeto, ella carecerá de sentido si no se le vincula con la afectación a la disponibilidad del titular sobre el objeto protegido, cuando se trate de un bien susceptible de disponerse para que otro se inmiscuya en el mismo: justamente porque su titular no consintió la intromisión o cuando ésta excedió los límites permitidos por él. Y porque también carecería de sentido el objeto protegido –libertad sexual, salud, patrimonio, etc. –, si el mismo no se vinculara a su disponibilidad por su titular. Pues es ella la que se afecta con la lesión al bien, cuando otro se inmiscuye en el objeto de tutela sin consentimiento del titular.

4. Ahora bien, quienes sostienen que el consentimiento es causa de licitud, pero no excluyente de tipo, salvo cuando el tipo penal aluda o implique el no consentimiento: objetan a la tesis unificadora que de introducir en todos los casos de bienes disponibles el consentimiento del titular como causa de atipicidad, ello conllevaría a que los bienes jurídicos serían ya no el cuerpo, la libertad de movimientos, el honor, el patrimonio etc., sino la voluntad de salvaguarda de estos valores. Y que en realidad serían el cuerpo, la libertad de movimientos, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del individuo, ya “por sí mismos” los que gozarían de la

---

179 Así sucede en el CPF con los tipos penales de violación de correspondencia (artículo 173); la copia de información contenida en equipos de informática (artículo 211-bis-4-párrafo-segundo); la revelación, divulgación o uso de información de comunicaciones privadas (artículo 211-bis); la utilización de información confidencial reservada (artículo 240-bis-párrafo-último) y la falsificación de documentos por aprovechar una firma o rubrica en blanco ajena (artículo 244-II.)

protección del orden jurídico, implicando así que sería suficiente la sola injerencia sobre el objeto material o el mero daño para la lesión al bien.

Sin embargo, al razonar de esa manera los defensores de la tesis dualista asimilan el objeto de tutela con el bien jurídico mismo, o más desafortunado todavía, lo equiparan con el objeto material de la acción; y con ello formulan aserciones sólo en parte correctas y, por tanto, erróneas: en tanto separan lo inseparable. El bien jurídico no es simplemente el cuerpo o una cosa y ni siquiera se constituye por la salud, la libertad, el honor, el patrimonio, etc., sino que el bien jurídico es la disponibilidad del titular sobre esos objetos de protección jurídica, individualizados en situaciones concretas de su disfrute. Pues de otra manera carecería de sentido sostener la lesión al bien cuando la injerencia sobre el objeto protegido fue consentida por el titular del bien jurídico del cual él podía disponer en ejercicio de su derecho.

Así, la disposición de valores sólo puede ser ejercida con la voluntad de su propietario o por quien conforme a la ley tenga esa facultad de disposición. Por lo que la concreción de los delitos contra el patrimonio y no sólo el robo, implica necesariamente la falta de consentimiento eficaz, ya sea expreso o tácito del titular de los valores, para que el sujeto activo disponga de ellos del modo en que realizó la disposición. Igual sucede con la libertad de amar –e incluso cuando se trate de salvaguardar la seguridad sexual del disponente debido a su incapacidad para comprender la naturaleza de la relación sexual o en virtud de la reducida comprensión de menores de cierta edad acerca dicha relación, para expresar su consentimiento válidamente.

## II. Condiciones para el consentimiento como causa de atipicidad

1. En el Proyecto, el consentimiento del titular del bien se contempla como excluyente de delito por atipicidad, cuando:

“No se lesione al bien jurídico porque se procede con el consentimiento del titular del bien, o del legitimado para consentir, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

Que se trate de un bien jurídico disponible;

Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer del bien, y

Que el consentimiento sea expreso o tácito, y no medie coacción o violencia, engaño o algún otro vicio del consentimiento.”

2. El Proyecto exige que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo. Así, de acuerdo con el Proyecto será ineficaz para excluir la tipicidad, el consentimiento de un menor de 18 años de edad para que otro destruya un bien de su propiedad o le practique un tatuaje o le afecte otro bien que sería disponible de contar con más de 18 años, toda vez que por regla general la capacidad de ejercicio civil se fija a partir de cumplida aquella edad.

Mas si ello es así, también implica que no siempre puede tratarse al consentimiento como un hecho negocial privado que se rija por las pautas civiles, aunque el mismo negocio jurídico pueda ser revocable y más aún, cuando más bien se trata del ejercicio de la libertad de acción en un sentido constitucional. Además, como lo apunta Roxin: “...los bienes jurídicos más personales muchas veces no pueden ser objeto de negocios jurídicos”<sup>180</sup>; como, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 327 de la Ley General de Salud, respecto a la compraventa de órganos y tejidos. Piénsese también en la revocación del consentimiento para continuar o admitir una cópula que apenas se inicia o está por iniciarse, donde el bien en cuestión es la libertad de autodeterminación sexual.

Con todo, ello no debe llevar a pensar que el consentimiento puede revocarse en cualquier evento. Porque si la intromisión deriva de un hecho negocial contractual ya existente, la revocación unilateral será insuficiente para impedir la excluyente.

## III. Consentimiento expreso y tácito

1. En otro orden de ideas, el consentimiento puede ser expreso o tácito, por lo que éste último no necesita ser declarado a quien actúa, basta con que el mismo se evidencie con acciones del titular que permitan inferir que existe su anuencia al momento de la acción, (casos en que se está ante un consentimiento tácito). Así, por ejemplo, el consentimiento tácito –que motiva atipicidad de administración fraudulenta– ocurre respecto al administrador en su modalidad de empleo de valores o por la realización de otros actos que en realidad se apoyan en negocios jurídicos que fueron tácitamente consentidos por el titular, al concederle al administrador amplios poderes o mandatos generales para actos de administración y dominio de los valores. (Artículos 2554 del CCDF y 3008 del CCC.) Así, la tesis de rubro siguiente: ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE. NOTA DISTINTIVA DE LA. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 396 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).<sup>181</sup>

## IV. Consentimiento por representación

<sup>180</sup> Roxin, Claus, Derecho Penal..., op. cit., nota 29, p. 533.

<sup>181</sup> Tesis IV.2o.9 P, Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. III, enero de 1996, p. 254.



1. Por otra parte, ¿es o no válido el consentimiento por representación? En el artículo 29-III del CPDF y en el Proyecto se contiene la expresión "...o legitimado legalmente para otorgarlo"<sup>182</sup>.

Por lo que cabe preguntarse si los representantes legales no otorgaran su consentimiento, o un menor de edad se opone al consentimiento de sus representantes legales, aun cuando de no practicarse una intervención quirúrgica al menor se producirá su muerte o un daño a la salud que ponga en peligro su vida. En tales eventos cabe sostener un estado de necesidad justificante para actuar aun contra la voluntad de aquél. Mas si el peligro de daño a la salud no es de aquella índole, arduamente habría razón válida –más allá de la representación legal– por la cual el consentimiento de los representantes legales sustituyera la libertad de decisión del menor y su dignidad, si este se opone y está en condiciones de comprender las secuelas de su oposición.

2. También es posible autorizar a otro para que, en representación del titular, consienta en la intromisión de sus bienes, como acontece cuando se autoriza al vigilante que dé acceso a la morada a ciertas personas, o para que permita a otros llevarse los frutos de la huerta, o a un supervisor para que decida si el empleado abre comunicaciones reservadas al titular, etc. O a un administrador para que autorice a otros a realizar actos de disposición de valores en beneficio del titular. Y todo ello es así, porque la ley civil admite la posibilidad de que el mandatario otorgue a otra persona el desempeño total o parcial del mandato.

3. Empero, difícilmente puede admitirse una intromisión del representante o de terceros autorizados por él, sobre bienes que sean personalísimos y que conlleven decisiones de tipo existencial que sólo incumben al menor de edad cuando cumpla dieciocho años, sin que aquélla se establezca específicamente en la ley. Como sucede con la donación o trasplantes de órganos, donde sólo se autoriza ese consentimiento por representación para los casos de trasplante de médula ósea (artículo 332 de la LGS.) Además, puede decirse que la representación para la injerencia de terceros es inadmisibles –y difícilmente imaginable– cuando el consentimiento involucre una intromisión en aspectos nucleares de los derechos de personalidad del menor, como sería que el representante del menor consintiera su esterilización.

#### V. Consentimiento libre de vicios de la voluntad

1. El consentimiento debe estar libre de vicios de la voluntad. Por lo que cabe preguntar, ¿son aplicables las reglas civiles a tales vicios? Cabe estimar que no: ya que, según las pautas civiles, los negocios jurídicos que adolezcan de dichos vicios solo pueden nulificarse a posteriori a elección del interesado; mientras que, tratándose del consentimiento, debe constar que éste es eficaz o ineficaz al momento del hecho para decidir si éste es o no típicamente relevante. Ahora bien, para que el error del disponente impida la eficacia de su consentimiento, aquél ha de incidir precisamente en (1) la naturaleza de la injerencia al bien jurídico, (2) sobre el objeto protegido, (3) o cuando afecte de modo directo la comprensión del titular para disponer de su bien con base en aquellos parámetros.

2. De esa manera, si a una persona se le hace creer que se le intervendrá quirúrgicamente para cierto fin, cuando es para otro ajeno al asentido, o se simula ser médico para que el disponente permita tocamientos en su cuerpo, es obvio que tal consentimiento es ineficaz por virtud del error. Pero el consentimiento conservará su eficacia cuando el disponente no yerre sobre el objeto protegido, ni en el sujeto determinante para su decisión sobre el bien de la libertad de amar, o bien se equivoca sobre fines distintos a los de la intromisión, sobre la que no existe error. Así, el consentimiento es eficaz cuando se engaña a otro con que se le dará un pago por donar sangre: porque la falsa creencia recae sobre la contraprestación, pero no incide sobre la disposición de la sangre, sobre la cual el titular guardó pleno conocimiento para tomar su decisión.

El consentimiento será ineficaz si el titular consiente que lo opere un médico que le hace creer que es experto en cierta cirugía que necesita de esa pericia y sin que aquél la domine. Mas el consentimiento será eficaz aun cuando el paciente crea que es un médico quien lo interviene en un procedimiento superficial y muy simple (la sutura con un punto de una pequeña herida en la ingle, por ejemplo), cuando en realidad se trata de un pasante de medicina capacitado y autorizado para ese procedimiento. Ya que en este evento falta la referencia de un error directamente relacionado con la afectación en el objeto del bien jurídico (la salud personal), que sería la misma de haber intervenido un galeno.

#### VI. Consentimiento tácito y su diferencia con el presunto

1. Ahora bien, debe puntualizarse que el consentimiento presunto es distinto al tácito, en cuanto que en éste –a diferencia del presunto–: hay manifestaciones del disponente o cierta conducta de él, en relación con el bien y quien realiza la injerencia, que permiten inferir el consentimiento de aquél en la intromisión sobre el bien. Mientras que en el consentimiento presunto faltan dichas manifestaciones del titular, y son las mismas condiciones que motivan la conducta de injerencia sobre el bien que se afecta, las que autorizan legitimarla: en virtud de que aquéllas permiten asumir –en principio, ex-ante y de manera objetiva– que de haberse consultado al titular o a quien esté facultado para consentir, éstos hubieran otorgado su consentimiento.

En el anterior contexto no cabe menos que sostener la lesión cuando se afecta el bien jurídico disponible de otro y falta su consentimiento o del legitimado para darlo; lo que conlleva por consecuencia lógica a que la excluyente por consentimiento presunto –que no tácito– se erija como causa de licitud –o justificación– y no como causa de atipicidad. En tanto la conducta,

<sup>182</sup> Que contiene el inciso b) y el último párrafo de la fracción III del numeral 29 del CPDF.

aunque lesiva, es conforme a la norma (en virtud de la exigente legal que permite esa clase de injerencia). El consentimiento expreso y el tácito son causas de atipicidad porque impiden la lesión al bien.

#### F. ATIPICIDAD POR INEXISTENCIA DEL TITULAR O POR IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR AL BIEN JURÍDICO

1. Ahora bien, si sólo puede hablarse de afectación al bien jurídico cuando este exista y otra persona incida en su disponibilidad por el titular; o en una perspectiva ex-ante, ponga en peligro real de quebranto la relación efectiva de disponibilidad del titular con el objeto de tutela. Ello trae como consecuencia que faltará la lesión al bien no solo cuando ocurra el consentimiento, expreso o tácito y eficaz del mismo titular o su representante para la injerencia y se trate de un objeto de tutela disponible de esa manera por aquéllos. Si no, además, cuando el mismo bien jurídico no exista en la situación concreta, o bien desde una perspectiva ex-ante, haya imposibilidad concreta de lesionarlo; así como cuando, en el caso ya no quepa esperar ninguna disponibilidad del objeto protegido por parte del titular.

2. De acuerdo con ello, la imposibilidad de afectar al bien jurídico como causa de atipicidad puede darse por inexistencia concreta del bien. Por ejemplo: El abandono de un atropellado que muere instantáneamente por el impacto del vehículo, será causa de atipicidad del abandono, porque su tipo penal supone el peligro para la vida o el agravamiento de la salud personal del pasivo, lo cual es imposible que ocurra cuando aquél ya falleció. Los disparos al cadáver de alguien que se cree vivo, impiden que se tipifique el homicidio en grado de tentativa, pues es imposible que se ponga en peligro la vida de un muerto. O también puede acontecer que al realizarse la acción ya esté afectado el bien jurídico. Por ejemplo, la cópula entre dos personas que padecen la misma enfermedad contagiosa, transmisible de aquella manera.

3. La afectación al bien también puede estar ausente cuando existiendo el bien, la acción por su naturaleza no puede dañarle ni producir riesgo de dañarlo. En general, cuando resulta imposible consumar el delito por error en la idoneidad absoluta de los medios empleados. Como sucede cuando dicho error se debe a superstición o motivos similares, tales como hacer conjuros para lesionar a otro. Pero igual acontece cuando se dispara un arma de fuego para lesionar a otro que se encuentra a una gran distancia, quien en realidad (y en una perspectiva ex-ante) está muy lejos del alcance del proyectil para ser herido por éste.

Lo mismo ocurre cuando se dan falsificaciones burdas y notorias de billetes, pues la tosquedad de la simulación no ocasiona peligro real para la seguridad en la autenticidad de la moneda de curso legal en el intercambio monetario o de bienes y servicios con base en dinero. En igual tesitura se halla el caso de cuando se intenta engañar para obtener un lucro, si el pasivo ya sabe desde antes de la mentira que se emplea en el pretendido embuste. Y en general, cuando los actos con los que se pretenda ejecutar un delito en grado de tentativa, sean absolutamente inidóneos –en una perspectiva ex-ante– para producir el resultado, imposibilitándose, de esa manera, que se ponga en peligro al bien protegido.

4. Por último, aparecerá imposibilidad de afectación al bien, cuando haya error provocado por agente encubierto en delito de simple peligro potencial o incrementado, o de lesión, si el agente provocador aseguró desde antes que no ocurriera ninguna afectación. Ejemplo: el incauto a quien se sorprende por el agente encubierto al entregarle un arma de portación prohibida, para enseguida detenerlo por ese motivo. La compra de cocaína en relación con el delito contra la salud pública, si el agente encubierto provoca la compra de la droga que en realidad está en poder de agentes de policía que preparados, aprehenden al ingenuo inmediatamente después de la operación. Pues en tal evento desde antes había imposibilidad que la compra originara peligro a la salud pública. En todos esos casos faltará lesión o peligro al bien jurídico.

#### APARTADO SEXTO

#### EL TIPO SUBJETIVO

#### SECCIÓN PRIMERA

#### EL DOLO

#### A. PREMISAS

1. El artículo 38 de la Iniciativa establece: “Dolo es conocer y decidir concretar los elementos objetivos de un tipo penal, y, además, si se trata de un delito de resultado material, que éste último se quiera o acepte por el agente al realizar la acción que lo cause, o aquél quiera o acepte el resultado al omitir la acción que lo evitaría, pudiendo y debiendo jurídicamente realizarla.”

2. Las voces “decidir”, “querer” o “aceptar” empleadas en el artículo 38 de la Iniciativa, involucran una “voluntad” que preside la conducta y que engloba a un fin. La que junto con el “conocimiento”, han de referirse al hecho que enmarca un tipo penal, conforme a todos los elementos objetivos que lo integren. Y no podría ser de otro modo, pues el dolo se refiere al hecho que atrapa el tipo, pero no al tipo mismo, el cual tiene vida en el mundo legal y dado que casi nadie podría conocer todos los tipos penales según se describen en la ley.

3, Como podrá observarse, la definición del dolo en el Proyecto, se refiere al “querer”, “aceptar” o “decidir” (elemento volitivo), como expresión de voluntad del agente al realizar el hecho. Y al “conocimiento” de los elementos objetivos del tipo penal, por parte de quien lo realiza (elemento cognoscitivo). La voluntad y el conocimiento referidos a los elementos objetivos del tipo, entran así en juego para formar el concepto del dolo.

## I. El conocimiento

1. El conocimiento<sup>183</sup> apareja percibir los elementos objetivos descritos o implicados en un tipo penal. Así, la primera condición para que haya dolo, es que el sujeto sepa qué es lo que hace, en correspondencia con los elementos objetivos de un tipo penal. De ese modo en el homicidio es preciso que el agente sepa que mata a una persona. En el robo sepa que la cosa es ajena, y no que crea que es propia, y, asimismo, que no tiene derecho a ella, y no que estime que tiene un derecho para apoderarse de ella.

Mas, por otra parte, para los efectos del dolo es innecesario que el sujeto sepa las particularidades del hecho que el tipo penal no exija. Así, no es típicamente relevante que conozca a quién mata, en el homicidio. Ni quién puede disponer de la cosa, en el robo. O la edad exacta del menor de doce años, sino sólo la idea de que sea menor de tal edad, en la violación equiparada, etc.

Ya que para efectos del dolo y del juicio de tipicidad es suficiente con que el conocimiento del sujeto abarque las circunstancias del hecho que la ley consigna en el tipo y por las que aquella le asigna cierta punibilidad, así como la significación en la esfera del profano de que lesiona el bien jurídico o de que lo pone en peligro y, en su caso, la comprensión mundana del carácter normativo específico de los elementos de tal clase contemplados en un tipo penal y, en su caso, en sus modalidades.

2. Ahora bien, la tipicidad no se excluirá cuando haya un error que sólo incida en una modalidad atenuante o agravante o en las que convierten a un tipo básico en uno complementado o privilegiado. Pues en tales casos permanece intocado el dolo sobre el tipo básico, sin perjuicio de que el error sobre la circunstancia agravante o atenuante beneficie al sujeto con una menor punibilidad de su conducta en la medida de la fijada para el tipo básico, o para la modalidad atenuante de que se trate, como se prevé en el Proyecto. Por otra parte, será irrelevante –por no pertenecer a los tipos penales– el conocimiento de la edad penal. Es decir, el sujeto activo no necesita saber que ya cumplió 18 años de edad.

3. Tampoco es parte del dolo, por ser cuestión de culpabilidad, que el sujeto activo conozca la ilicitud de su conducta. Salvo que un tipo consigne esa exigencia como elemento «normativo» (por ejemplo, “ilegalmente”, “sin derecho”), cuya ignorancia o error si afectará al dolo. Del mismo modo el dolo no se excluirá cuando el sujeto crea que su conducta sea “justa” en atención a sus valoraciones, o incluso porque concurra causa de licitud real o putativa, porque tales clases de error podrán influir sobre la culpabilidad, pero no sobre el dolo.

4. Se discute si el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal debe ser actual –pensar en ellos al momento de la conducta–, o si es suficiente con que sea actualizable. Zaffaroni dice: “...el hombre que es autor de un estupro, en el momento consumativo no piensa en la edad de la mujer, al menos no necesariamente. No obstante, es un conocimiento actualizable.<sup>184</sup> En igual sentido Roxin<sup>185</sup> y –en México– Díaz-Aranda.<sup>186</sup> Y esa es la postura del artículo 38 de la Iniciativa, pues habla de “conocimiento” de los elementos objetivos, pero no que el sujeto los tenga presentes –o que piense en ellos– al realizar la acción. Así pues, una cosa es el conocimiento y otra es la actual representación de lo que se conoce. La ley exige el primero, pero no la segunda.

## II. La voluntad

1. El segundo requisito del dolo es la voluntad del agente con sentido de fin típico: es decir, por el que aquél decida realizar el hecho tal como se contemple objetivamente en el tipo penal de que se trate. (Requisito de voluntad final que capte el hecho.) Hay que tener presente que el sujeto activo debe decidir realizar tan la acción, como también –en los tipos penales de resultado– querer o aceptar el resultado que produzca. Igualmente ha de decidir realizar del tipo lo que de él es realizable a través de la acción. Porque hay elementos del tipo que sólo son aprehensibles por el conocimiento, pero que no se “realizan”. Esto es, son “realizables” la acción, los medios, el modo y el resultado, pero el objeto y las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión no lo son.

Como tampoco son realizables las calidades del sujeto pasivo y los elementos normativos que se refieran a calidades o situaciones externas cuya concreción no dependa de la voluntad del sujeto, aunque sí dependerá de ella ajustar su conducta a aquellos según el ámbito descrito en el tipo de qué se trate. Sin que se desatienda que algunos elementos normativos son realizables por virtud de las características que el autor imprima a su conducta, como sucede con las exhibiciones “obscenas”. En suma, el agente debe

---

183 Conforme al Diccionario de la Lengua, dentro de las acepciones de la voz “conocer” se hallan las de: “averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”, “entender, advertir, saber, echar de ver”; “percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él”.

184 E. Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, T. III, p. 303.

185 Claus Roxin, Derecho Penal. Parte General, Fundamentos..., op. cit., pp. 234 y ss.

186 Enrique Díaz-Aranda, Dolo... op. cit., México, Editorial Porrúa, S.A., 2001, pp. 133 y 137.

“conocer” los elementos típicos no realizables por él, para así decidir “realizar” su conducta dentro del marco típico penal que los abarque.

Asimismo, la voluntad subsistirá para efectos del dolo, aun cuando medie coacción para que el sujeto realice el hecho típico. Pues de ser así de todas suertes decide realizarlo. Aunque dicha coacción puede convertir a la conducta voluntaria típica en no libre y originar que el sujeto obre lícitamente o excluido de culpabilidad por estado de necesidad coactivo.

2. Por otra parte: como la voluntad de realizar el hecho típico depende de la decisión de concretarlo, el dolo supone una voluntad incondicionada. En la cual, la resolución de concretar el hecho exista cuando se realiza la acción. Por ello, la acción de una persona sin que aún decida realizar el hecho típico estará ayuna de dolo, ya que en dicha acción aún no quiere ni acepta cometerlo. Por ejemplo: el activo aún no decide si mata y espera la reacción del otro. Lo que tiene importancia en el homicidio con premeditación, pues el dolo condicionado es incompatible con aquella en un homicidio o lesiones.

### III. Coincidencia del dolo con la conducta de ejecución

1. De igual modo, del principio de que el agente debe decidir realizar la acción como, en su caso, querer o aceptar el resultado, se deriva que el dolo debe motivar a la acción ejecutiva. De tal modo que la conducta se realice con la voluntad de actualizar los elementos del tipo, en su caso, de resultado. El dolo antecedente o el subsecuente a la conducta ejecutiva serán irrelevantes para concretar el tipo: pues será preciso que la concreción de sus elementos objetivos se corresponda con la voluntad del agente de actualizarlos cuando realiza la conducta. Si alguien decide matar y saca un rifle para ello, pero tropieza cuando prepara el arma y se le va un disparo y lesiona: es claro que cuando se le escapó el tiro, el sujeto realizaba la acción de preparar el arma sin voluntad de disparar para lesionar. Por tanto, las lesiones serán culposas.

El dolo antecedente de la fase preparatoria será irrelevante cuando al realizar la acción que devino objetivamente típica, el agente no aceptó ni tuvo la voluntad de ejecutarla para originar el resultado, concretando los elementos del tipo. Así, el único dolo relevante es el que motiva a la conducta que se ejecuta para concretar un hecho que describa un tipo, y que coexiste con esa fase al menos cuando aquella se inicia. Porque será innecesario que el dolo subsista durante toda la fase ejecutiva. Si alguien inicia la acción de matar cuando activa una bomba para que detone en cierto tiempo, no excluirá al dolo, que se arrepienta antes de que aquella estalle o incluso que se olvide del asunto antes de la explosión.

2. Más clara es la irrelevancia del dolo subsecuente a la acción, mismo que no puede actualizar el tipo, en tanto tal dolo no existía cuando aquella se realizó. Como sucede cuando alguien mata por descuido a su enemigo y después se alegra de ello. O cuando alguien atropella culposamente a una persona y después le surge la idea de dejarla morir sin brindarle auxilio. En todo caso, en este último evento podrá fundarse el homicidio doloso a partir de la omisión, pero el atropello no podrá cimentarse como doloso.

### IV. Los casos llamados de “dolos generalis”

1. También es posible que el sujeto decida agotar su delito, por ejemplo, sumergiendo en el agua al supuesto cadáver de la persona que él cree mató al herirla, para así encubrir su homicidio. Y luego aparezca que la persona –ya inconsciente– en realidad pereció por ahogamiento. En casos como el mencionado, se discute si sólo hay homicidio en grado de tentativa respecto de la acción de matar que no logró tal fin, junto con un homicidio culposo en relación con la diversa acción de aventar el cuerpo al río. O bien, si hay un acontecer unitario de una acción homicida dolosa. Solución a la cual se acogió Welzel.<sup>187</sup>

2. Se está así ante los casos de “dolos generalis”, como –impropia, pero convencionalmente– los llama la doctrina, según los denominó v. Weber en 1825.<sup>188</sup> Frente a ellos nace la idea de que no puede ser que quien quería matar, y mató, se beneficie con la pena menos grave de tentativa, pues a mor de justicia, tiene que responder como autor doloso de un homicidio consumado.

3. El caso no será problemático cuando el autor, al realizar el segundo acto, actúa “por si acaso”, es decir, para asegurar el resultado, o bien sin importarle si antes lo causó o no. Pues en uno y otro evento hay dolo eventual en el segundo tramo. Mas ¿cuál es la solución cuando el autor, tras el primer acto, tiene la convicción –real y razonable– de que el resultado ya se ha producido y luego realiza otro acto que sí lo ocasiona?

1) El problema se ha pretendido resolver con pautas de la tesis de la equivalencia, para sostener que el resultado se imputará al acto inicial porque el segundo no se habría ejecutado de no haberse dado el primero; o bien acudiendo a los baremos de imputación objetiva, aduciéndose que si la desviación causal fue inesencial y aun adecuada, por ende, sería irrelevante el error sobre el curso causal.<sup>189</sup> Pero lo cierto es que tales argumentos evaden el problema, pues éste no se plantea como cuestión de imputación objetiva

---

187 Han Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, Santiago de Chile, 11ª reimpression, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 122 y 123.

188 Por todos, véase a Claus Roxin, y Marcelo A. Sancinetti, *Desviación del curso causal y “dolos generalis”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004.

189 Así parece opinar Claus Roxin, en *Desviación del curso causal y “dolos generalis”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004, pp. 31 y ss.

del resultado, sino de si el mismo puede imputarse a una acción dolosa, en la que –según el CPF, el CPDF y el artículo 38 de la Iniciativa–: el dolo no puede fundarse en la previsibilidad de un resultado “no aceptado”, aunque haya sido originado por la acción.

2) Ciertamente será correcto imputar la muerte como dolosa, si el riesgo del primer acto –realizado con el fin de matar– se resolvió en el resultado: como sucede si el autor creía muerto a quien hirió y en tales condiciones lo enterra para ocultar su supuesto cadáver, y luego aparece que murió por la hemorragia de la herida y no de asfixia. Pues en tal caso como dice Sancinetti<sup>190</sup>, el segundo acto es típicamente irrelevante a efecto del homicidio, donde la muerte se debió al primer acto ejecutado con fin homicida. Lo que no ocurrirá cuando el riesgo del primer acto no se resuelva en el resultado, sino que sea el riesgo del segundo –en el que no existió dolo–, el que sí lo origine.

3) Con ello también queda claro que el caso no podría tratarse como una desviación “inesencial” del curso causal, según el “plan del autor”. Porque tal descarrío sin duda será insubstancial en el ejemplo del enterrado herido, que muere por la hemorragia de sus heridas y no de asfixia, pues en tal evento el curso causal de las lesiones siguió su camino conforme al plan y se resolvió –precisamente– en la muerte del sepultado, quien no falleció sofocado sino de las heridas inferidas por el autor y, por tanto, según el llamado “plan del autor”.

Lo cual no sucede cuando el plan del autor no ocurre según se lo propuso, pues si el mismo consistía en herir de muerte al pasivo, para luego enterrar su cadáver y así encubrir su homicidio. Y en la realidad ello no se dio según tal plan: pues el autor por causa ajena a su voluntad no logró la muerte del pasivo con las heridas que le infirió, ni éstas se reflejaron en su muerte, que se originó por una causa totalmente distinta, cual fue la asfixia con motivo de la segunda acción del activo, al enterrar el supuesto cadáver de aquél. Esta segunda acción sí constituyó un extravío esencial del curso causal del riesgo iniciado por la primera, a tal grado que el riesgo de ésta no se resolvió en el resultado, sino que fue el riesgo de la segunda –en la que no existió dolo–, la cual sí lo originó.

4) Del mismo modo es incorrecto resolver el caso según la propuesta teórica de una acción “unitaria”, que se integraría con los diversos “actos” del llamado “plan del autor” y donde por haber existido dolo en el primer “acto”, ya sería irrelevante que faltara en los subsecuentes, porque de todos modos el resultado se produjo por uno de los actos proyectados de antemano como “una sola acción”, donde en el primero si hubo dolo. Y ello es así, porque en el Derecho Penal Mexicano no tiene cabida tal solución teórica.

En efecto, en el Derecho Penal Mexicano, en general será admisible una noción de acción “unitaria”, integrada por diversos “actos” que constituyan un solo delito, en los supuestos de un delito continuado y de uno en grado de tentativa, ya que el propio legislador los concibió mediante fórmulas referidas a “acciones” o “actos u omisiones”. También será aceptable la idea “unitaria” de un solo delito conformado por varias “acciones”, en el llamado delito “plurisubsistente”, porque el tipo penal prevea varias “acciones”: bien sea porque se expresen de forma sucesiva o alterna, bien como modalidades agravantes, o bien porque aun cuando el tipo contemple una sola acción, ésta se vincula a otra igual, en virtud de un elemento típico lesivo que perdure entre ellas.

Mas lo cierto es que en todos los eventos de delitos continuados, en grado de tentativa y plurisubsistentes, el legislador –y la SCJN– los han contemplado frente a “varios” actos «con el mismo dolo» –con la variante de que cada acto se ajuste a varias modalidades de acción que llegue a contener el mismo tipo en un delito plurisubsistente–, para así ser considerados como una sola acción o un solo delito doloso, pero no así donde la ley define al tipo mediante la acción de matar –o privar de la vida–, sin que haya existido tal dolo al enterrar a la víctima –a la cual se creía muerta–, acción que en realidad sí le produjo asfixia.

5) Tampoco cabría sostener –según una “tesis de accesoriedad”– que la asfixia del pasivo sería dolosa, con el argumento de que, si la acción anterior del activo fue de tal índole, en el sentido de querer privar de la vida al pasivo al herirlo con un cuchillo, también debería reputarse doloso el resultado, aunque éste haya ocurrido luego por otras circunstancias originadas por aquél, en las que ya no actuó con dolo de matar. Y ello –según reflexionó Solórzano– porque por justicia: “lo accesorio debería seguir la suerte de lo principal”. Sin embargo, tal “tesis de accesoriedad” es insostenible, dado que en la ley penal se prohíben conductas y no resultados, salvo que estos hayan sido comprendidos en la voluntad y conocimiento de las acciones que los originaron. Y justamente no existía tal dolo en la acción que causó el resultado.<sup>191</sup>

6) Si al respecto se contraargumentara, que una vez que una acción se haya realizado con dolo, será irrelevante si el agente se olvida de ella, o de que el resultado se produzca a la izquierda o la derecha, o de inmediato o más tarde, si es que de todas suertes aquél se origina.

Cabe observar, que es cierto que aquellos aspectos no evitarán la concreción de un tipo penal doloso de resultado, cuando éste justamente se produzca por la acción que lo quiso o aceptó, pero no así cuando esa acción no lo cause, sino que sea otra distinta –en la que no hubo dolo de causarlo–, la que sí lo produjo. Simplemente porque tal extensión ciega del dolo, no se permite en los CPF, CPDF ni en el artículo 38 de la Iniciativa, y que si fuera adoptada se vendría a castigar por el resultado ante una acción que no lo quiso ni aceptó.

---

190 Ídem., op. cit., p. 55.

191 La opinión de “accesoriedad” de la segunda acción y de su resultado al carácter doloso (voluntad de matar) de la primera acción, fue vertida por Héctor Gastón Solórzano Valenzuela, en clase de Teoría del Delito, Maestría de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la UA de C, Saltillo, el 10 de junio de 2011.

7) Igualmente es rechazable la tesis de que en la segunda acción existiría aún un dolo homicida “latente” del activo, con apoyo en el argumento de que el enterramiento sería un acto que revelaría el reforzamiento de la voluntad de matar, al obrar en condiciones que todo mundo sabe que, en cualquier caso, sí determinan la muerte de cualquier persona. O bien, con la variación de que tal dolo “latente” existiría en la segunda acción de enterrar a quien razonablemente se creía muerto, pues de haber sabido la realidad, muy probablemente el activo hubiera procedido de igual manera.

Sin embargo, las soluciones del llamado dolo “latente” basan el dolo en hipótesis que no sucedieron –y, por tanto, imaginarias–, siendo que aquél –de acuerdo con los CPF, CPDF y el artículo 38 de la Iniciativa– debe realmente existir y no ser meramente hipotético, de tal modo que sólo resida en la cabeza del juez, cuando se efectúa la acción a la que se impute el resultado. Y es que –conforme a esos códigos– es insostenible un dolo “latente” que no radique al menos en “aceptar el resultado” cuando se realiza la acción que lo origina.

8) Asimismo, será recusable sostener que en ambas acciones habría existido un dolo malo “genérico” de conducirse contra la ley o simplemente de lesionar un bien jurídico ajeno, cualquiera que éste sea, pues según los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 38 de la Iniciativa, al realizar el acto sólo es plausible el dolo específico de querer lesionar el bien jurídico protegido, o al menos aceptar originar la lesión al bien que el acto ocasiona.

9) La solución a la luz del concepto del dolo previsto en el CPF y en el CPDF, así como en el artículo 52-VIII-5 del proyecto –que para sostenerlo no admiten la sola previsibilidad del resultado–: puede ser que falta el dolo de matar en el segundo acto cuyo riesgo sí se resuelve en el resultado: la persona muere de asfixia y no por la hemorragia. Y donde la tentativa punible de homicidio se fundará en la anterior acción riesgosa en la que existió el fin de matar, y porque respecto al acto de enterrar al herido que se cree muerto, es posible un homicidio culposo en virtud de un error de tipo.

### C. DOLO DIRECTO O EVENTUAL

1. En los delitos de resultado, se conduce con dolo: 1) Quien se representa y “quiere” el resultado descrito en un tipo penal (dolo directo). Mas también obra con dolo: 2) Quien al realizar su acción “acepta” aquel resultado, habiéndolo previsto como posible consecuencia de su conducta (dolo eventual). Lo anterior se apoya en las fórmulas de la Iniciativa. Este señala que habrá dolo “...si se trata de un delito de resultado material, [cuando] éste último se «quiera» o «accepte» por el agente al realizar la acción que lo cause, o aquél «quiera» o «accepte» el resultado al omitir la acción que lo evitaría, pudiendo y debiendo jurídicamente realizarla”.

2. El dolo directo puede evidenciarse en sana crítica, cuando según las particularidades de la conducta, con cierta seguridad ésta originará o no evitará la consecuencia que en realidad se produce, a menos que respecto de ella ocurra una contingencia fuera del dominio del autor. Sin embargo, existen múltiples tesis para decidir la existencia del dolo eventual a falta de prueba directa. Y para distinguirlo de la culpa consciente: donde el resultado se prevé, pero no se acepta.

3. Partiendo también que en la ley se define al dolo eventual y la culpa consciente, ciñéndolos a los delitos de resultado: una clave para resolver cómo se evidencia el dolo eventual, será cuando en sana crítica sea claro que el sentido de la conducta conllevó ir contra el bien jurídico, donde el resultado se vea como secuela muy probable de la acción. Esto es, cuando según las circunstancias conocidas por el agente, se infiera que éste aceptó producir el resultado, en tanto que por la dirección de su acción y el riesgo que la misma generaba, era muy probable que el bien fuera lesionado.

De ahí que también haya dolo eventual cuando los efectos de la conducta, de índole lesiva frente a quién se dirige, se acepta que también lo sea para otros cuya lesión se involucre en el riesgo de la acción. Por ejemplo: el agente coloca una bomba para matar a la víctima que espera llegue sola ahí, pero sin importarle si otras arriben cuando detone el explosivo, sabiendo que el lugar es concurrido. Pues es claro que hay dolo directo frente a quien el agente quiere matar, como igual hay dolo eventual en relación con la muerte de las demás personas, pues, aunque no la desea, acepta ese resultado cuyo impedimento está bajo el dominio de su acción.

### D. DOLO RESPECTO A LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DE UN TIPO

1. El dolo debe abarcar el conocimiento de las circunstancias fácticas que impliquen los elementos normativos del tipo, así como el significado de tal clase de elementos –en la esfera del profano–, al igual que la lesión o peligro al bien jurídico protegido.

Es importante reparar en lo dicho, porque la ley no distingue entre conocer las circunstancias que impliquen los elementos normativos de un tipo penal y el captar –en la esfera del profano– su especial sentido jurídico, social o de desvalor. Por ende, si la ley no diferencia no cabe hacer distinciones, y también serán errores de tipo los que conlleven una apreciación errónea del significado de valor o desvalor del elemento normativo que incluya el tipo. Por ello, no actúa con dolo quien no capta la ajenez de la cosa ni que la toma sin derecho.

2. El discernimiento por el agente de los elementos normativos como parte del dolo no significa una adecuación exacta del intelecto con esos elementos según su concepto jurídico. Basta con que el agente capte el significado social de tales elementos cuando conozca las circunstancias que los originan. Se habla así de una comprensión paralela en la esfera del profano. Porque quizá el lego

no sepa las distinciones jurídicas entre cosa mueble e inmueble y menos aún las clasificaciones que hace el Derecho Civil de esos bienes. Aunque, por ejemplo, en el robo, el agente sí debe saber que el objeto tiene las características de cosa mueble que no le pertenece a él sino a otro, y decidir que la toma en circunstancias por las que él capte que no tiene derecho para apoderarse de ella.

En el robo calificado de un “documento público”, el sujeto debe percibir las particularidades del documento por las que la ley le da el carácter de “público” y al menos percatarse por aquellos rasgos que se trata de un documento “oficial”, tal como a él se le suele entender en la esfera del profano o por el público en general, y no nada más notar el carácter gráfico representativo o declarativo de aquél como en un tiempo lo estimó Welzel.<sup>192</sup> Y en la privación ilegal de la libertad, el sujeto debe captar que actúa contra la ley – aunque desconozca su texto o incluso de qué ley se trata– cuando prive de su libertad a otro.

3. No es lo mismo saber que se afecta un bien jurídico y, en su caso –si se trata de elementos de desvalor– conocer que se actúa ilícitamente, a saber, que la conducta es punible. Ello tiene importancia, pues si el tipo penal tiene elementos normativos de desvalor, las circunstancias que los originen han de captarse por el sujeto como parte del dolo. Y justamente por ello, la simple ignorancia y el error sobre las mismas cuando se trata de un tipo penal necesariamente doloso, determinarán la ausencia del dolo y, por ende, excluirán al delito. Mas igual actuará sin dolo cuando la persona yerre sobre el significado normativo del elemento, aun cuando no se equivoque acerca de las circunstancias que lo constituyan.

Por ejemplo, piénsese en los elementos normativos del robo: La persona toma la cosa ajena al confundirla con la propia. Es claro que con ello se concretan los elementos objetivos del tipo penal del robo: pero igual lo es, que el sujeto tomó la cosa con la creencia que era suya y de que podía disponer de ella conforme a la ley. Por tanto, faltó en él la voluntad y el conocimiento de apoderarse de una cosa “ajena”, “sin derecho” y de “lesionar el patrimonio de otro”. Ergo, el sujeto actuó sin dolo. Mas igual sucede si el vendedor le arrebató la cosa al comprador que instantes antes se la compró, al ver que éste no le paga el precio en ese momento según lo acordado, con la creencia que la cosa aún le pertenece y se estima engañado por el comprador.

De ahí que en tal contexto sí podrá ser válida en cierto sentido, la expresión de que el dolo sería “dolus malus”. Más, así como es inadmisibles un dolo neutro, también lo es un dolo malo genérico de afectar bienes jurídicos. Sólo es plausible el dolo específico de afectar el bien jurídico protegido en el tipo al realizar la conducta, si también existe voluntad y conocimiento de concretar los demás elementos objetivos del tipo.

Así, el dolo “malo” es aceptable sólo en el sentido de afectar con voluntad y conocimiento la disponibilidad del titular sobre los bienes jurídicos que proteja un tipo y, en su caso, tener voluntad y consciencia en la esfera del profano de realizar los elementos de valor y desvalor delimitados en el tipo que los llegue a describir. Además de la voluntad y conocimiento de concretar los elementos materiales de ese tipo penal.

4. En síntesis, lo que sí es inaceptable es un dolo genérico o “propósito de violar la norma”, “obrar contra derecho” o con “intención de dañar”. Como por igual es inadmisibles un dolo “neutro”, que pase por alto los elementos normativos del tipo penal, con inclusión de los bienes jurídicos que se quiere o acepta afectar. Sólo pueden existir dolos específicos: de matar, de lesionar, de robar; etc., según el fin y el conocimiento específicos del sujeto al actuar en el caso concreto y que tengan relevancia en el sentido conductual descrito en un tipo.

## E. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL TIPO PENAL

1. También pertenecen al tipo las expresiones que refieran o impliquen un especial conocimiento del sujeto o de su contenido de voluntad. La doctrina, la jurisprudencia y el legislador las han llamado “elementos subjetivos específicos” del tipo. Así, son ejemplos de tipos penales que hacen referencia a un conocimiento específico: el presentar en juicio un acto jurídico apócrifo “conociendo” de su falsedad, en la simulación en procedimientos judiciales. Usar un documento falsificado con “conocimiento” de su falsificación, en el uso de documentos falsos. Ayudar al delincuente con “conocimiento de esa circunstancia”, a eludir a la autoridad, en la obstrucción a la justicia por encubrimiento.

En su turno, son ejemplos de tipos penales que refieren o implican un especial contenido de voluntad: el de obstrucción a la justicia por servidor público, en cuanto requiere que el servidor público “deliberada y maliciosamente” impida, retarde o dificulte una determinación judicial. El de fraude de acreedores, en cuanto que el colocarse en estado de insolvencia debe ser “con el objeto” de eludir las obligaciones respecto a los acreedores. El falso testimonio, en cuanto es necesario que el testigo falte a la verdad “maliciosamente”; etc. Asimismo, ciertas acciones descritas en unas figuras típicas –al igual que ciertos medios y circunstancias de modo y ocasión que se contemplan en aquellas, o en sus modalidades atenuantes o agravantes– a veces tienen una raíz subjetiva que se haya implícita.

2. A veces los tipos penales demandan un conocimiento específico sobre algunos de sus elementos, por ejemplo, “a sabiendas” en la receptación de cosas o de ganado, robados, en el vigente Código Penal, o en el parricidio respecto al ascendiente. De ello se ha sostenido que para que exista el dolo del primer tipo penal referido, es insuficiente con que el sujeto adquiriera la cosa o el ganado representándose sólo la posibilidad de su origen ilícito –donde cabría un dolo eventual–: sino que será preciso que sepa que la cosa

192 Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, op. cit.; pp. 110 a 114.

o el ganado que adquiere son robados. Y ello es correcto, empero, no debe llevar a la falsa idea de que sería innecesario exigir que el sujeto conozca los elementos sobre los que no se refleje algún elemento subjetivo específico en el mismo tipo.

Porque de todas suertes esa exigencia subsiste, ya que el dolo no depende del elemento subjetivo específico, sino del contenido de los elementos objetivos del tipo –sobre los cuales ha de proyectarse–. Además, el elemento subjetivo específico a que se refiere la doctrina –no sin razón– alude a un motivo o finalidad distintos de los se deducirían respecto a los elementos objetivos del tipo. En efecto, las expresiones que se caracterizan como elementos subjetivos específicos, en ocasiones convergen en parte con el mismo dolo, pero otras veces las locuciones aluden al injusto propósito o a la finalidad ilegal de la conducta, o bien a un móvil, ánimo o saber especial, sin que el mismo tipo contenga algún otro enunciado del que se deduzca ese móvil, ánimo o saber.

Y aunque por ello, las expresiones del tipo que aluden a una injusta finalidad se asocian a la conciencia de ilicitud como elemento de la culpabilidad, de todas suertes al incluirse en el tipo, forman parte de él y van paralelas al dolo que ha de captar los elementos objetivos de aquél. En el anterior orden de ideas, son elementos subjetivos específicos asociados con la conciencia de ilicitud, las expresiones “para tomar medidas contrarias a la ley”, “con el fin de comerciar ilícitamente con ellos”, etc.

3. Por otra parte, la doctrina distingue entre los elementos subjetivos específicos y los de actitud interna trascendente. Estos se caracterizan por un talante o móvil que impulsan al sujeto al momento de su conducta y dado que no conllevan conocimiento sobre alguna circunstancia típica ni un especial contenido de voluntad, se sostiene que su estudio tocaría a la culpabilidad. Como serían los motivos depravados en el homicidio. Empero, no es nada claro cuándo se trataría de un motivo ajeno a la voluntad. Y dado que la voluntad que importa para el dolo es la referida a los elementos objetivos del tipo: igual es nítido que un elemento interno trascendente incrustado en el tipo apareja cierto contenido subjetivo, que ha de reflejarse en la conducta que concrete el tipo y, en su caso, sus modalidades. Y en tal sentido aquéllos son elementos del tipo penal.

De ordinario el móvil no se inserta en los tipos. Mas cuando un tipo describa un móvil, cabrá estimarlo como elemento subjetivo específico, en la medida que no se deduzca como necesario en la voluntad de concretar los elementos típicos objetivos. Ello permite distinguir al elemento subjetivo específico del dolo. En el robo, el elemento subjetivo específico es el “ánimo de apropiarse” de la cosa. Y el dolo es la voluntad y conocimiento de apoderarse sin derecho de la cosa ajena y sin consentimiento de quien pueda disponer de ella conforme a la ley. En la obstrucción a la justicia, el dolo versará en saber que se impide o retarda cumplir una determinación judicial, pero el elemento subjetivo específico radicará en que el servidor público realice “deliberada y maliciosamente”.

## SECCIÓN SEGUNDA

### IGNORANCIA Y ERROR DE TIPO

#### A. PREMISAS

En el artículo 52-VIII de la Iniciativa se dispone que el delito se excluye por atipicidad:

Cuando el hecho se realice por ignorancia o error de tipo penal necesariamente doloso, o por ignorancia o error invencible de tipo penal que admita la culpa.

En tal virtud, se tomará en cuenta lo siguiente, según sea el caso:

Existirá error de tipo, cuando al concretar los elementos objetivos de un tipo penal, el agente tenga una representación equivocada de uno o más de dichos elementos.

Existirá ignorancia de tipo, cuando el agente no sepa que concreta uno o más elementos objetivos de un tipo penal.

El error de tipo y la ignorancia de tipo no son necesariamente incompatibles.

No será imputable al agente el aumento de punibilidad proveniente de modalidades agravantes o circunstancias calificativas de un tipo, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error.

La creencia errónea de que concurre una modalidad o circunstancia atenuante, favorecerá al agente que se equivoque.

Será invencible el error o ignorancia que incida en un tipo penal que admita la culpa, cuando según las circunstancias en que se conduce el agente, sea imprevisible el resultado que cause o no evite, sin que lo quiera ni lo acepte.

Será vencible el error o ignorancia que incida en un tipo penal que admita la culpa, cuando según las circunstancias en que se conduce el agente, sea previsible el resultado que cause o no evite, sin que lo quiera ni lo acepte.

#### B. INVENCIBILIDAD Y VENCIBILIDAD DE LA IGNORANCIA O ERROR DE TIPO



1. Tratándose de ignorancia o error de tipo cabe anticipar lo siguiente: Cuando objetivamente se actualiza un tipo penal, la falta del dolo en virtud de ignorancia o error es insuficiente para la atipicidad del hecho. Ello depende de si el tipo penal que objetivamente se realiza admite la culpa, o si, por el contrario, es un tipo necesariamente doloso.

Ello es así, porque cuando el tipo admita la culpa, y la ignorancia o el error sean invencibles habrá causa de atipicidad. Pero si la ignorancia o el error son vencibles, la conducta será punible a título de culpa si el tipo admite esa forma de realización. De lo que se desprende que la vencibilidad del error o ignorancia en un delito que admita la culpa, implicará apoyarla en el tipo penal culposo, que entre otros baremos descansa en la advertibilidad o previsibilidad del resultado no aceptado, como fundante del error o la ignorancia vencibles. Y en sentido contrario, la invencibilidad de tal clase de error o ignorancia, estribará en la imprevisibilidad o dificultad considerable de representarse o prever el resultado no aceptado, en los delitos que admitan la culpa.

2. Más si el delito es necesariamente doloso, la solución será diferente. Ya que la ignorancia o el simple error de tipo impedirán la tipicidad del hecho. ¿Y cómo es posible eso último? Es decir, ¿cómo es viable que el simple error o ignorancia determinen la atipicidad, cuando aquéllos incidan en algún elemento objetivo de un tipo penal necesariamente doloso?

Ello es así, por las razones siguientes:

Los delitos solo pueden realizarse con dolo o culpa. Y ciertamente, la ignorancia o el error de tipo en un delito necesariamente doloso, aparejan que falta el dolo cuando se realiza el hecho. Sin que exista apoyo legal para fundar la vencibilidad de un error o ignorancia de tipo en la previsibilidad del resultado cuando se trate un delito necesariamente doloso: ya que, conforme al Proyecto, la ignorancia o vencibilidad del error de tipo sólo será punible a título culposo, “cuando el delito admita esa forma de realización”. Sin que el Proyecto prevea punibilidad alguna respecto a un error que sería vencible, cuando recaiga en un delito necesariamente doloso.

Ello conlleva a que cuando la ignorancia o el error de tipo versen sobre los elementos objetivos de un tipo necesariamente doloso, el simple error o ignorancia que incidan en un elemento objetivo del tipo harán imposible que haya dolo y la calidad necesariamente dolosa del delito impedirá juzgar la conducta como culposa. Por lo que de sostenerse que, aunque falte el dolo, habría delitos –necesariamente dolosos– cometidos bajo errores vencibles, por la mera concreción objetiva de sus tipos –que conforme a la ley no admiten la culpa–: se estaría patrocinando una nueva clase de delitos sustentados en la vencibilidad de errores cuyas pautas son inexistentes en la ley penal y en la cual tampoco se asigna pena para aquellos casos. Lo que conduciría a castigar sin pena y solo con apoyo en la realización objetiva de tipos, que la propia ley penal estima necesariamente dolosos.

3. Así, como contrapartida del dolo debe contemplarse la ignorancia y el error de tipo en tres supuestos:

El primer supuesto –de atipicidad– se da cuando la ignorancia o el error sean invencibles y recaigan sobre un tipo penal que admita la culpa. En tal caso, la invencibilidad del error o ignorancia reside en la imprevisibilidad o dificultad considerable de representarse un resultado no aceptado en el caso concreto.

El segundo supuesto –de atipicidad– se da cuando el tipo penal sobre el que incida el error o la ignorancia, sea necesariamente doloso: pues el error o desconocimiento de un elemento objetivo de un tipo de esa clase, determinará la ausencia del dolo y sin que pueda juzgarse el hecho con los baremos de un delito culposo: lo que, por tanto, excluirá el delito.

El tercer supuesto –ya de tipicidad–, se da cuando haya ignorancia o error vencibles que incidan en un tipo penal que admita la culpa. Evento en el que la vencibilidad del error o de la ignorancia residirá en que, en el caso concreto haya sido previsible o advertible sin mayor esfuerzo el resultado no aceptado, originado con motivo de la violación del deber de cuidado. Dicho de otro modo, si en un delito que admite la culpa se actúa bajo ignorancia o error vencible, aun cuando se elimina el dolo, la vencibilidad del error o ignorancia dejará un remanente de culpa que permitirá punir el hecho a tal título si es que, precisamente, el resultado era previsible o advertible sin mayor esfuerzo en el caso concreto y, por tanto, pudo evitarse de observar el cuidado debido.

### C. PRESUPUESTOS PARA EXAMINAR LA IGNORANCIA O ERROR DE TIPO

1. En cualquier caso de error o ignorancia de tipo, primero ha de constatarse la concreción de los elementos objetivos que contemple el tipo penal de que se trate.

Y es que sería irracional examinar un error o ignorancia de tipo si no se concretó alguno de los elementos objetivos de un tipo. Por ejemplo, será necesario que objetivamente aparezca que el sujeto mató a otro, en el homicidio. O que se apoderó de cosa ajena, sin derecho ni consentimiento de quien podía disponer de ella conforme a la ley, en el robo. O que existió cópula mediante engaño en una menor de 18 años, etc. Igual será preciso que se concrete la forma objetiva de comisión típica del sujeto que realice el tipo.

Como también lo sería cuando respecto a quien sería partícipe faltara alguna exteriorización material de su conducta que objetivamente se ajustara a esa forma típica de intervención distintas a las de los autores. Por último, sería superfluo examinar el error de tipo, cuando no existía el bien jurídico concreto, o faltó que se le lesionara o pusiera en peligro de lesión, o ésta fue insignificante penalmente. En el primer caso, la falta del bien jurídico predetermina la imposibilidad de que haya lesión o peligro al

bien jurídico, como elementos alternos del tipo penal (delito imposible.) Y la falta de aquellos o de cualquiera de los demás elementos objetivos de un tipo que sean esenciales para la punibilidad específica del hecho, predetermina su atipicidad.

2. Igual cabe puntualizar que no todos los elementos del tipo penal distintos al dolo son compatibles con el error o ignorancia, debido a que la naturaleza del elemento lo vuelve inconciliable con aquéllos. Es el caso de los elementos subjetivos específicos que aluden a un especial contenido o dirección de voluntad. Mas no así los que impliquen un estado subjetivo especial que supone haya de darse respecto a una circunstancia fáctica, también llamados de naturaleza mixta: porque en ellos siempre hay un soporte objetivo –como puede ser la circunstancia que dé lugar al móvil o el objeto material de especial conocimiento– en los cuales puede incidir el error o la ignorancia y fungir como razón de atipicidad en ciertos eventos. Como la ignorancia o el error de tipo son inconciliables con la naturaleza de la determinación, de la autoría mediata y de la autoría en codominio.

#### D. IGNORANCIA Y ERROR SOBRE ELEMENTOS OBJETIVOS

Cabe tener presente que para la punibilidad de un hecho será esencial toda expresión descrita en el supuesto legal que sea necesaria para atribuirle punibilidad, según el delito de que se trate. Por tanto, serán esenciales los elementos objetivos permanentes y, además, los contingentes en la medida en que se describan o impliquen en la figura típica o en sus dispositivos que la amplifiquen, atenuando o agravando la pena. De ahí que con excepción de los casos en que el error es incompatible con la naturaleza de algún elemento de un tipo penal, según se examinó antes, la ignorancia o el error de tipo del sujeto podrá incidir:

1) En la naturaleza de la acción u omisión. 2) En cualesquiera de los elementos objetivos del tipo, con inclusión de las modalidades atenuantes o agravantes que tengan base objetiva y que amplifiquen la figura típica de un delito (en este último supuesto para decidir de qué forma influye el error respecto al incremento o disminución de la punibilidad legal y no para su exclusión.) 3) En la lesión o peligro al bien jurídico. 4) En la existencia misma de las formas típicas de intervención que sean compatibles con el error.

#### I. Error o ignorancia respecto a la naturaleza de la conducta

1. Aunque la acción deja de tener sentido doloso desde cuando haya ignorancia o representación errónea de cualquier característica del hecho que dé relevancia típica a la conducta, de tal modo que ya no pueda decirse que con voluntad y conocimiento la persona concretó cierto tipo, bien sea matar en el homicidio, engañar en el fraude o apoderarse de la cosa ajena sin derecho en el robo; aun así, puede hablarse –convencionalmente– de una ignorancia o un error que incidan sobre la acción del tipo. Como también puede resaltarse la ignorancia o el error, según incidan de manera más específica en otro elemento objetivo del tipo. Ya que pueden recaer sobre cualquier elemento objetivo que sea esencial para concretar un tipo o sus modalidades.

2. Por tanto, cabe distinguir los supuestos de ignorancia o error en la acción, de cuando recaigan en una omisión. En la primera hipótesis puede haber error o ignorancia respecto a la naturaleza material de la acción o de su potencialidad causal. En estos casos, el sujeto cree hacer algo, cuando en realidad su hacer es diverso a su representación. Así, el sujeto cree que encenderá la luz cuando en realidad activa el detonador de una bomba colocada lejos de él, que explota y causa daños. El sujeto cree que dispara una pistola con cartuchos de salva cuando en realidad contiene proyectiles que otro le colocó y que causan la muerte de otra persona. En esos casos el error impide al dolo respecto a los daños y el homicidio.

Mas también es posible que se yerre sobre la naturaleza de la acción que objetivamente sea diferente a la representación: como cuando el sujeto paga una cosa con un cheque sin fondos suficientes, creyendo que los hay por un error de cálculo en el saldo de su chequera. A su vez, en los errores respecto a la omisión, el sujeto activo ignora o percibe de manera diversa el hecho del cual surge su deber de actuar. Y que objetivamente viola con su omisión. Por ejemplo, al no tener conocimiento del citatorio, omite comparecer ante la autoridad que le citó (desacato.) O quien deja de prestar el auxilio posible cuando de noche pasa por un solar sin luz y por ser sordo no oye las peticiones de ayuda del necesitado que se encuentra flotando en un pozo de agua.

3. Igual es admisible la ignorancia en tipos de omisión impropia cuando no haya representación del resultado descrito en el tipo. Mas al faltar tal representación, el error sobre el deber jurídico de actuar implicará que el caso pueda tratarse como delito culposo y bajo las reglas legales que definen la existencia de la culpa, si es que el tipo penal la admite y el resultado no aceptado es previsible. Según el Proyecto, el conocimiento del deber jurídico de actuar no es materia del dolo y, por ende, el desconocimiento de tal deber no podrá ser materia de una ignorancia de tipo. Lo cual no impide la ignorancia de prohibición cuando el sujeto desconozca su deber jurídico de actuar y por ello omita la acción debida.

También cabe puntualizar que tratándose de una omisión objetivamente violatoria de un deber de actuar fundada en un hacer precedente que determinó el riesgo, la ignorancia o el error han de recaer sobre la existencia del riesgo creado por el omitente. O sobre la entidad de dicho riesgo. Es decir, no percibiendo el riesgo o percibiéndolo como menor de lo que es y omitiendo realizar la acción debida y posible que evitaría el resultado.

Imagínese que el sujeto cierra con llave la puerta de un cuarto que carece de otra salida y después oye que alguien se quedó encerrado, pero omite abrirle y se va sin dar importancia al hecho, porque confunde al cercado con un conocido del cual sabe trae llave y cree que bromea. Caso en que el simple error impedirá el juicio de tipicidad, dado que el tipo penal de privación ilegal de la

libertad es necesariamente doloso. También es posible distinguir –convencionalmente– otros casos de error de tipo según los demás elementos objetivos sobre los que incida, como son los que enseguida se examinan.

## II. Error o ignorancia respecto a la calidad del sujeto

1. El sujeto ignora o percibe erróneamente su calidad o la del sujeto pasivo que especifique un tipo. En el primer extremo, los hermanos que tienen relación sexual sin saber de su parentesco, pues desde su nacimiento se les dio en adopción a distintos adoptantes. (Incesto). No así quien distraiga de su objeto dinero del Estado, creyendo erróneamente que tiene la calidad de servidor público, no obstante que aún no se le designa como tal o ignora que primero debe rendir la protesta de ley, porque en tal caso ya faltará un elemento objetivo del peculado.

Más sí habrá yerro cuando recaiga en la calidad real del sujeto pasivo prevista en un tipo penal. Por ejemplo, el sujeto que mediante engaño tiene cópula con una persona que por sus características físicas y porque ella y sus amigas se lo dijeron, la cree de 18 años de edad o más, cuando en realidad tiene menos de 18. (Estupro). El error sobre el sujeto “cualificado” también puede recaer en cierta condición de aquél que sea determinante para incrementar la punibilidad, en relación con la que prevé el tipo básico. Caso en el que se concretará éste, pero no la modalidad agravante respecto a la que hubo error, mismo que impedirá el dolo necesario para aumentar la pena con base en esa modalidad.

Asimismo, la imposición violenta de la cópula a un incapaz mental, sin saber su condición, no impide la concreción de la violación, pero sí imposibilita su modalidad agravante. Ahora bien, el error sobre alguna calidad del sujeto que atenúe la pena, podrá ser relevante para excluir el dolo del tipo básico y sancionar el hecho con la punibilidad del tipo privilegiado. Por ejemplo, la madre que por un cálculo erróneo de cuándo nació su hijo, mata al pequeño creyendo que tiene menos de 24 horas de nacido. Caso en el que el dolo de infanticidio absorbe al de homicidio y beneficia a la madre con la penalidad atenuada.

2. Nótese que el error en sentido inverso sería irrelevante para excluir el dolo del tipo básico. Es decir, cuando recaiga sobre una calidad inexistente del sujeto pasivo u objeto material que sería determinante para convertir al tipo básico en uno complementado. Por ejemplo, quien cree matar a su padre sin que lo sea. En este caso, objetivamente falta la “calidad” del sujeto pasivo que a la vez es “objeto material” y presupuesto necesario para la tipicidad del parricidio. Sin embargo, subsiste el tipo penal doloso de homicidio.

## III. Ignorancia o error respecto al objeto

1. En la ignorancia o el error sobre el objeto se desconoce o se tiene una percepción equivocada de la cosa o persona sobre la que recae la conducta, que como objeto de ella describa o implique un tipo. Es importante diferenciar tres supuestos de error en el objeto.

En el primero: El error recae sobre la naturaleza del objeto. El sujeto puede confundir al objeto que un tipo describa de forma genérica, con otro esencialmente diferente. Lo que elimina el dolo de aquel respecto al hecho que objetivamente realiza. Por ejemplo: el sujeto cree que le dispara a un venado, cuando en realidad le tira a una persona, causándole la muerte (homicidio.)

2. En el segundo: El error incide sobre la identidad del objeto. Esto es, el sujeto activo confunde la identidad de aquél. Lo cual no excluye al dolo, porque la confusión no altera la voluntad y el conocimiento del sujeto activo acerca del objeto material sobre el que recae su conducta y que describe el tipo penal de manera genérica. Por ejemplo: el sujeto activo mata a Pedro, al creer que es Juan (error en identidad de la persona.) El sujeto activo se apodera de un collar creyendo que es de diamantes, cuando en realidad son cuentas de vidrio (error en la identidad del objeto en sentido estricto.)

3. En el tercero: El error recae sobre la calidad del objeto. Por ejemplo: El sujeto se apodera de una cosa “ajena”, confundiéndola con la propia (robo.)

## IV. Error respecto al curso causal (error en el golpe)

### 1. Precisiones

1) En el error en el objeto hay confusión del sujeto acerca de la naturaleza, identidad o calidad de la persona o cosa sobre las que recae o se dirige la conducta. Mientras que esa desorientación no existe en el error en el golpe. Además, en el error en el golpe, aunque el objeto y/o resultado, queridos o aceptados, divergen con el que produce la acción o con el objeto sobre el que ella recae, lo cierto es que dicho error se origina por desviación del curso causal de la acción. Y, por ende, donde no solo existe discordancia respecto al objeto o el resultado concretos, no queridos ni aceptados: sino un extravío del curso de la acción (que da pie a dicha discrepancia), casos en los que el descarrío del curso causal podrá excluir al dolo según ciertas condiciones.

Por ejemplo: el sujeto activo quiere lesionar a X y dispara contra él, pero el proyectil hiere a otra persona. O quiere lesionar a X, pero lo mata. O quiere matar a X, pero mata a su perro que se interpone entre ellos. En tal sentido, el error en el golpe realmente incide sobre el curso causal y no sólo respecto al objeto o no nada más en el resultado. De ahí pues que tales casos no deban tratarse

como eventos de error acerca de la identidad, calidad o naturaleza del objeto o resultado, aunque todavía subsiste una interrogante: ¿Cuándo la desviación será esencial, de tal manera que excluya el dolo?

2) Antes de responder, cabe observar que el error por desviación causal también debe distinguirse de los casos de concausas que interrumpen el nexo causal. Eventos en los que será ocioso cuestionarse acerca del dolo o el error, pues en virtud de esas concausas ya estará ausente dicho nexo causal como elemento objetivo del tipo. En efecto, aunque el sujeto haya obrado con el fin de ocasionar el resultado, se excluirá su imputación objetiva –nexo causal– a la conducta (que dará pie a la atipicidad del hecho), cuando opere una concausa que por sí misma sea suficiente para producir aquél. Por ejemplo, cuando la persona herida por otro con el fin de matarla, muere quemada en un incendio en el hospital donde se halla con motivo de las heridas, pues aun cuando el heridor obró con dolo, la muerte se debió a las quemaduras, que no fueron efecto adecuado de las heridas inferidas.

El cuestionarse acerca del dolo será pues sobrado, cuando en prelación lógica-jurídica opere una concausa que excluya el nexo causal entre el resultado y la conducta. Tal como sucede en el ejemplo enunciado, porque la apreciación del homicidio consumado fracasa por falta de un elemento objetivo del tipo penal, como es el nexo causal. Lo que ciertamente no impedirá el homicidio en grado de tentativa cuando la acción haya sido unívoca e idónea para producir el resultado, que dejó de darse por causas ajenas a la voluntad del agente. Lo que también lleva a plantear la pregunta:

3) ¿Cuál ha de ser el baremo para sostener que no se concretó un tipo penal doloso de resultado porque operó un error en el golpe? La clave para responder esa interrogante es determinar si el descarrío no querido del curso causal deja o no subsistente un dolo eventual respecto del objeto o resultado. Porque en la medida que el objeto y/o el resultado diverso al querido, o el mismo descarrío del curso causal, puedan considerarse en sana crítica como “aceptados” por el sujeto, según las circunstancias conocidas por aquél, ya no podrá sostenerse que el dolo se excluiría por error sobre el curso causal. Es decir, el desacierto en el golpe será irrelevante para excluir el dolo cuando se determine que existió un dolo eventual respecto al curso causal, o en conexión con el objeto y/o el resultado.

En sentido contrario, en la medida que el sujeto haya errado respecto a la naturaleza de los medios, o desconocía o no tomó en cuenta ciertas circunstancias determinantes para el resultado concreto; o bien porque tomó en cuenta otras por las que descartó –y, por tanto, no aceptó– que su acción recayera en el objeto concreto, o que produjera el resultado originado, el error en el golpe excluirá al dolo.

Lo que no sucede, cuando alguien para matar a otro se propone darle arsénico, pero equivoca los frascos y le da un antibiótico que lo mata, en la medida que es alérgico al mismo, en tal caso en realidad no se está ante un descarrío del curso causal en virtud de error como opinó Malo Camacho<sup>193</sup>, sino ante un error irrelevante sobre la naturaleza de la acción, en virtud de que ella aún sigue siendo dolosa, pero cuyo resultado no se imputa objetivamente, si –y solo sí– el mismo acaece por circunstancias no dominables, como sería, por ejemplo, si la reacción al medicamento fuese extraordinaria, dado que el pasivo se ministraba dosis del mismo para una dolencia.

## 2. Escenarios de error en el golpe

En tal contexto habrá que examinar algunos de los diversos escenarios que pueden darse en relación con el error en el golpe, respecto a los que se discute qué soluciones jurídicas serían correctas.

### a) Error en el golpe respecto a objeto y/o resultado inequivalentes

En estos escenarios, el objeto sobre el que recae la acción es inequivalente al que aquella se dirigió, o bien acontece un resultado inequivalente no querido ni aceptado. Casos donde el error en el golpe será relevante para excluir el dolo respecto al resultado producido si no puede establecerse que éste fue aceptado. Por ejemplo, el sujeto dispara contra Juan, pero da muerte a su perro, que en ese momento inesperadamente se interpone. Ahí, podrá atribuirse culposamente el resultado típico producido –el daño por la muerte al perro ajeno– si el error era vencible y la ley admita la imputación a título culposo. Y, asimismo, habrá homicidio en grado de tentativa respecto al dueño del can, salvo que el error haya sido de tal amplitud que ni siquiera quepa hablar de tentativa punible porque en un juicio ex-ante la acción no colocó en peligro de morir a Juan.

### 2) La variante de error en el golpe con resultado más grave que el querido o aceptado

El resultado será imputable a título culposo cuando el sujeto activo decida realizar un hecho que capte un tipo penal que admita la culpa, pero produce un resultado típico más grave al que desea o acepta y aquel sea previsible para el agente. En ese supuesto, si hay identidad del titular del bien, será incorrecto sostener que, además del resultado culposo, habría un delito en grado de tentativa respecto al resultado menor que no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente. Ello es así porque el concurso de tentativa punible con otro delito de resultado (aunque sea culposo) depende de la relación que guarden entre sí los bienes y sus titulares, de tal modo que puedan coexistir. Pues en caso contrario el delito de peligro será absorbido por el de lesión y el concurso será aparente, como sucede cuando hay identidad del titular del bien jurídico.

En efecto, no podría haber concurso de delitos, cuando el supuesto delito de peligro –tentativa– se consume en la lesión del bien del mismo titular, donde solo habrá el delito del resultado causado. Por ejemplo: el sujeto decide lesionar a Juan que está borracho y le propina una bofetada en la cara, que motiva que caiga y muera al fracturarse el cráneo. De aquí que, si sólo se quiere o acepta lesionar, pero en vez de ello se mata: no podrá afirmarse que, además del homicidio, hubo un delito de lesiones en grado de tentativa, porque respecto de éste se aplicaría la ley penal de manera inexacta, en virtud de que se privó de la vida al titular, sin que sólo quedara en peligro de lesionarla.

Tampoco es ocioso mencionar que cuando se origina un resultado mayor al aceptado, donde éste deba estimarse culposo si según las circunstancias del caso era previsible causarlo, puede cuestionarse si se trata de un error en el golpe cuando concurra una concausa que incremente la potencialidad de la acción no querida ni aceptada en ese sentido. Como sucede cuando queriéndose lesionar a B se le mata, en virtud de que éste, por el golpe recibido, dio un traspié que lo hizo caer al suelo y desnucarse. Empero, si las concausas no operan por sí para producir el resultado, no impedirán su imputación a quien lanzó el golpe que derivó en el resultado no querido ni aceptado, pero que sí era previsible y podrá imputarse como culposo.

### 3) La variante de error en el golpe con resultado menor al querido (delito en grado de tentativa)

Cabe mencionar a vuelapluma el fenómeno inverso al del escenario anterior, es decir, cuando el sujeto causa un resultado típico menor al deseado que no se produce por causas ajenas a su voluntad. Caso en el que el delito queda en grado de tentativa. Así, el sujeto quiere matar a otro, pero sólo logra herirlo. Evento en el que el desvalor de la acción reside, además, en el peligro en que colocó la vida del lesionado. Aun así, en esos eventos en realidad el error es irrelevante, pues quien con su acción quiere lesionar un bien jurídico, acepta su peligro como consecuencia necesaria, salvo que el error sea de tal magnitud que en una valoración ex-ante se determine que con la acción o medios empleados era imposible matar al pasivo y, por ende, colocarlo en peligro de morir.

### 4) Error en el golpe con resultado equivalente

Otro escenario es el error en el golpe con resultado equivalente, donde el deseado ocurre en un objeto de igual especie del que se dirigió la acción, aunque no así en el objeto concretamente querido. Por ejemplo, el sujeto dispara contra Juan, pero yerra y lesiona a Pedro que está cerca. En tal caso, desde el punto de vista del tipo existe congruencia entre el resultado producido y el querido. Como igual la hay entre el objeto en el que recayó la conducta y el querido. Y, además, no hay confusión en la identidad. La cual, de existir, sería irrelevante para excluir el dolo. Empero, en tal evento la discordancia estriba en la desviación de la dirección causal de la acción. Esto es, el error incide en el nexo causal cuya desviación ha de analizarse si fue o no aceptada.

Dicho supuesto se trata de solucionar de dos formas: La primera sostenida por la teoría de la concreción (dualista). Ella afirma que hay tentativa punible frente a la persona o cosa respecto a la que falló el golpe y, además, se concreta un tipo culposo ante a la persona o cosa en la que el golpe se produjo, si es que era previsible el resultado no aceptado. A tal solución se le crítica que quedaría impune el evento si el resultado producido fuese imprevisible. Reparo con el que surge la teoría de la equivalencia (monista). Ésta mantiene que el dolo del autor subsiste por tratarse de un error en el golpe que recae en un objeto equivalente al que el tipo penal contempla, y el resultado querido o aceptado por el agente es el mismo que describe el tipo penal. Por tanto, según tal postura monista, en aquellos casos se concreta sólo un tipo penal doloso consumado.

Sin embargo, a la solución monista –teoría de equivalencia– se le critica que subordina el carácter doloso al resultado, sin que proceda de igual modo cuando el error origine varios resultados equivalentes y el sujeto activo se representó sólo uno. Mas la postura monista replica que el carácter doloso de la acción no se hace depender del resultado, sino de lo que el sujeto activo quiso o aceptó. Empero, la tesis de la concreción a su vez objeta a la de la equivalencia: que cuando se concreta un resultado no querido ni aceptado: es congruente con la doctrina del dolo que sólo se impute como doloso el querido o aceptado, pero no el producido que no se quiso ni aceptó. Mismo que sólo puede atribuirse a título culposo cuando fue previsible el resultado no querido ni aceptado, respecto a un delito que admita la culpa conforme a la ley.

Empero, tal duplica deja subsistente la réplica de que, si el tipo no cualifica al resultado, homicidio, por ejemplo, en realidad no hay discrepancia entre el resultado que prevé el tipo y el querido que se produjo, por lo que no puede sostenerse la falta del dolo y asentar así el error vencible como punto del cual se partiría hacia la culpa. Aunque la respuesta de la teoría de la concreción conlleva otra objeción a la postura monista (que ésta es incapaz de responder), consistente en que, cuando existe un error en el golpe, no se trata de discrepancia entre el resultado querido o aceptado y el que se causó, que, en el caso, son equivalentes, sino de un descarrío esencial del curso causal de la acción dirigida a un objeto o resultado concretos. Pues hay que recordar que la voluntad no solo implica a un fin, sino que, para llegar a él, también conlleva la orientación de la acción hacia objetos y resultados concretos.

Por ende, si el error de tipo puede incidir en cualquier elemento objetivo del tipo y el nexo causal es uno de ellos, el error que incida en él, por desviarse el curso causal a un resultado concreto no querido ni aceptado, la acción ya no puede reputarse como dolosa. Podrá ser culposa, si el error fue vencible en un delito en el que la ley admita la culpa. Porque la vencibilidad del error de tipo reside en la previsibilidad del resultado: de tal manera que, si éste es previsible en el caso concreto, la conducta será culposa. Por último, la tesis de la concreción sostiene que es falso que la conducta del sujeto activo quede impune si se sigue su solución dual. Habida cuenta que, además de que sería extraordinaria la imprevisibilidad del resultado, más aún sería la alegada impunidad, porque también tendría que darse la ausencia de tentativa punible.

Y si así fuera, ello no será más que ajustarse a los principios limitadores que se derivan de la tipicidad y legalidad en el delito. En otras palabras, el error en el golpe por desviación del curso de la acción incide sobre el nexo causal –o imputación del resultado–, el cual sí es elemento del tipo cuando se trata de un tipo penal de resultado. De aquí que cuando se mate a una persona cuando se dirigió el golpe contra otra, haya homicidio en grado de tentativa respecto del resultado querido o aceptado que no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente. Y un homicidio culposo respecto al resultado no querido ni aceptado que sí se produjo y que en el caso era previsible causar.

Y sin que se olvide que para la imputación culposa habrá que descartar antes el dolo eventual, porque se concluya que el sujeto activo ni siquiera aceptó el resultado en el objeto en el que se produjo.<sup>194</sup>

#### 5) Error en el golpe con pluralidad de resultados

Por último, está el escenario en el que el sujeto ocasiona varios resultados, pero aquél no quiso ni aceptó algunos. Por ejemplo, el sujeto dispara contra X lesionándolo, pero el mismo proyectil también lesiona a Z que de súbito aparece detrás de X. El sujeto dispara al perro del vecino cuando el can arremete contra aquél, pero el proyectil, además de herir al tuso, lesiona al vecino. En tales eventos, además del tipo doloso consumado en relación con el resultado querido o aceptado; el o los resultados no queridos ni aceptados podrán ser culposos si el error fue vencible. O atípicos si el error fue invencible.

En ese contexto, cabe destacar que la razón de que el error en el golpe origine un delito culposo estriba en la desviación del curso de la acción en la cual el sujeto activo no quiso ni aceptó el resultado que produjo, aun cuando era previsible que su actuar originase tal descarrío. Y ello no cambia cuando el error en el golpe se dé en un contexto de riña frente a terceros ajenos a ella. Porque en tal caso sí no se puede establecer que el agente aceptó lesionar a quien no riñe y resulta herido en virtud de la desviación del curso causal de la acción del sujeto activo, las lesiones al mismo deben ser tratadas como culposas, pero no como dolosas bajo la atenuante de riña, más aún porque en tales supuestos el agente no tiene voluntad de reñir con el tercero ni le inflige el daño porque le confunde con quien riñe.

En tal sentido ahora es objetable la antigua tesis del rubro siguiente: HOMICIDIO EN RIÑA, ERROR EN LA PERSONA A QUIEN SE QUERÍA DAÑAR.<sup>195</sup>

#### V. Error respecto al medio o modo utilizados

El sujeto debe saber de qué medio se vale o qué modo emplea para realizar la acción, que se corresponda con el descrito en el tipo. Dicho de otra manera, es necesario que en la acción exista voluntad y conocimiento de realizarla con el medio o de la manera que se describan en un tipo. En tal orden de ideas, habrá error que excluye al dolo cuando el sujeto percibe equivocadamente las circunstancias de su conducta, de tal suerte que el yerro dé pie a que no se percate que emplea el medio o modo referido en la descripción legal del hecho punible.

Por ejemplo, el sujeto ocupa un lote, diciendo al vigilante que el poseedor le dio permiso, cuando en realidad lo recibió de quien se hizo pasar por el poseedor. En tal caso, aunque objetivamente el sujeto se posesionó del lote por un planteamiento falso de la realidad, aquél no sabía que engañaba al vigilante, según lo que había percibido. Por ende, no se condujo mendazmente, sino que él mismo fue objeto de un embuste que le hizo incurrir en la creencia errónea de actuar en otras condiciones.

El yerro también podrá incidir sobre un medio que incida en una modalidad del tipo, de tal modo que excluya la tipicidad del hecho, al no captarse la naturaleza objetiva de la acción. Por ejemplo, la enfermera cree inyectar medicamento, cuando en realidad suministra veneno, caso en el que faltará el dolo de homicidio calificado por envenenamiento.

#### VI. Error respecto a las circunstancias de lugar y tiempo

El agente puede tener una percepción equivocada del “lugar” o “tiempo” en que realiza su conducta objetivamente típica. Por ejemplo, el sujeto se introduce a oscuras en unas oficinas que ignora son públicas y entre otras cosas roba documentos que no sabe que son oficiales. El agente del Ministerio Público que sobreviene en turno a otro y prolonga por más de 48 horas la retención de un indiciado, en virtud de creer –según los registros equivocados del turno anterior– que el indiciado tiene retenido menos de aquel tiempo.

#### VII. Ignorancia o error respecto a las modalidades del tipo y en tipos complementados o privilegiados

Ya se vio como la ignorancia o el error pueden incidir sobre una circunstancia atenuante o agravante. En igual sentido, se vio como el yerro puede recaer sobre una circunstancia que la ley toma como determinante para configurar un tipo penal complementado o privilegiado. Ahora es necesario distinguir los casos siguientes: El primero: la ignorancia o error que no incidan en las

<sup>194</sup> Al respecto cabe recordar que el juicio ex-post del dolo eventual apareja que el resultado se vea como efecto muy probable de la dirección de la acción, donde su riesgo alcanzaba al bien de ser lesionado.

<sup>195</sup> Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo LXXXI, p. 1794.

circunstancias de un tipo básico, sino solo en las que aumentan su punibilidad o dan pie a un tipo complementado, excluirá a éste o a la modalidad agravante, pero no al tipo básico. Por ejemplo, si el sujeto ignora que viola a su descendiente, no puede aplicársele el aumento de pena por violación incestuosa. Quien ignora que el documento ajeno que roba forma parte de un protocolo público, no podrá aplicársele la penalidad del robo agravado por esa modalidad.

El segundo: el error que incida en un elemento mixto (objetivo-subjetivo) en virtud del cual la ley atenúe la punibilidad, será determinante que el yerro verse sobre las circunstancias que originan el factor subjetivo que la ley toma de manera preponderante para la atenuación. O, dicho de otro modo, bastará con que el sujeto tenga el móvil que surja de una creencia falsa de las circunstancias que le dan pie, para que opere la atenuación basada primordialmente en aquél. Ello es así, porque aun cuando se yerre sobre la circunstancia que origina el móvil, éste es real y es la razón legal para la disminución penal.

En sentido contrario no sucede así, es decir, cuando el sujeto realiza el hecho que objetivamente capta una modalidad atenuante, pero falte el motivo subjetivo, pues tal ignorancia no lo beneficia. Por ejemplo, el sujeto da muerte a su hijo cuando nace, sin saber que es fruto de una violación, caso en el que habrá filicidio y no un infanticidio de acuerdo con el CPC.

Mas, por otra parte, respecto al error sobre circunstancias mixtas (objetivas-subjetivas) atenuantes, es insuficiente la creencia de obrar por los motivos que la ley señala para disminuir la punibilidad. Sino que es preciso que dichos motivos tengan o se representen con las circunstancias de significación social y cultural que la ley tome como razón para que opere la atenuación. Por ejemplo, no basta que el sujeto se enoje porque se le insulta una vez y así lo repunte como suficiente motivo de su “emoción violenta” para matar a quien lo injuria.

Como tampoco será motivo suficiente de “emoción violenta” para matar a la cónyuge, que el sujeto la observe en relación carnal con otro, cuando sabe que en ese momento aquella es objeto de una violación. Mas si el sujeto activo ignora que media la imposición violenta del ayuntamiento y al ver a la cónyuge copulando, perturbado por ello la lesiona, puede estimarse que la emoción violenta está motivada por el proceder injusto del cónyuge en la perspectiva errónea del sujeto.

#### VIII. Error respecto a elementos normativos

1. El legislador puede estimar en un tipo circunstancias normativas que acoten a la conducta sin desnaturalizarla y, asimismo, en realidad el legislador siempre involucra en los tipos penales al menos un elemento normativo, cual es la lesión o peligro al bien jurídico protegido. Por ello el dolo no se limita al conocimiento de las circunstancias del hecho según se contemplen en el tipo, porque cuando el legislador pune una conducta puede requerir el conocimiento del sentido normativo de la acción por parte del autor (mismo que incluso ha de existir en otros partícipes), para que merezcan pena.

En consecuencia, si el tipo incluye un elemento normativo, las circunstancias en que se apoye y su significación (en la esfera del profano) deberán comprenderse en el dolo de quien concrete el tipo o intervenga para su realización. Y si respecto de ellas existe ignorancia o error, en prelación lógica antes que inculpabilidad, habrá atipicidad por falta de dolo. Ello significa que los contenidos de significación especial del hecho según los elementos normativos del tipo deben formar parte de la comprensión del agente y del sentido de su conducta, sin que haya razón para que se excluya del tipo a esos elementos, para que de existir ignorancia o error se le estime de prohibición, y menos irrelevante.

2. Ahora bien, la afirmación anterior no debe llevar a la confusión de estimar que falta el dolo —y, por ende, que hay error de tipo— cuando el sujeto conciba algún elemento normativo de manera discrepante con la definición que del mismo dé la ley o se desprenda de su interpretación jurisprudencial, si es que el sujeto no yerra sobre las circunstancias o características que le dan origen y capta el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza conforme al elemento normativo que enuncie el tipo. A tal fenómeno se le llama por la doctrina “error de subsunción”. Pues para que se configure el dolo, es innecesaria la equivalencia exacta del concepto jurídico o cultural del elemento normativo con el que tenga la persona, si es que ésta, al realizar su acción conoce las circunstancias o características que dan pie a dicho elemento típico y aprehende su significado de valor o desvalor.

3. Por ejemplo, cuando la persona cree que la manzana que desprende del árbol no sería cosa mueble, pero se apodera de ella conociendo sus características —y por las cuales la ley le da el carácter de cosa mueble—, además, lo hace sabiendo que la poma es ajena y que no tiene derecho a ella.

Como también el sujeto incurrirá en error de subsunción respecto a falsificación de documentos, si adultera una cinta magnética donde sabe se guarda una declaración que se presentará en juicio, pero cree que la cinta no es documento, sino que sólo podría serlo el papel donde se contendría la reproducción de aquélla. Caso en el que la persona captó el sentido de desvalor de su conducta típica y las circunstancias fácticas que dan sustento a la noción de documento que define la ley. Asimismo, si el ladrón se percata de las características de un legajo por las que sabe que es un documento oficial, poco importa que ignore el nombre técnico de aquél como “documento público” o se represente erróneamente el concepto legal del mismo.

4. Aunque lo dicho tampoco debe llevar a creer que cualquier error sobre el significado del elemento normativo sería error de subsunción, pues no lo será cuando el error impida al sujeto captar el alcance de valor o desvalor del hecho que realiza o la trascendencia penal del mismo.

5. Así pues, la ignorancia o falsa apreciación de cualquier circunstancia que apoye a un elemento normativo y, en su caso, de su significado, que no implique mero error de subsunción, aparejará ignorancia o error de tipo. Y en sentido contrario, la ignorancia no será de tipo, sino de prohibición, cuando sin recaer sobre un elemento normativo de desvalor del tipo, consista en desconocer el alcance o trascendencia penal de la conducta. Por ejemplo, será ignorancia de prohibición, cuando en un Estado que pune el aborto, una joven extranjera lo consiente con la creencia que no es delito, dado que en su país no lo es.

## APARTADO SÉPTIMO

### LA CULPA

#### SECCIÓN PRIMERA

#### ASPECTOS PRELIMINARES

##### A. LA CULPA EXCLUYE AL DOLO

1. Como presupuesto de toda conducta culposa, debe examinarse el contenido de fin de la voluntad respecto al resultado. Para así saber de qué conducta se trata. Pues, así como es imposible que pueda concretarse una conducta culposa cuando le falte voluntad. También será inviable su concreción cuando el fin de la voluntad coincida con el resultado que origine la conducta presidida por ella, pues en tal caso actualizará el dolo que excluye a la culpa.

Lo posible es que un tipo penal culposo se concrete mediante un inicio doloso de una conducta, si es que al realizarla no se aceptó el resultado previsible que causó: como sucede cuando hay error vencible de tipo por un descarrío del golpe que incide en un delito que admite la culpa. Por ejemplo, el sujeto quiere lesionar a X, pero yerra en el golpe y hiere a Z, a quien no había aceptado herirlo, más en las circunstancias en que obró era previsible lesionarlo, por lo que, en principio, su acción será punible como culposa.

##### B. REQUISITOS DE LA CONDUCTA CULPOSA

Ahora bien, la especificidad de la conducta culposa reside en sus requisitos normativos que el artículo 39-I de la Iniciativa asigna al tipo culposo. A saber:

1) Que cuando se realice una conducta, sea “normalmente previsible” que ocasione o no evite un resultado típico (de un delito que admita la culpa, pues el artículo 48 de la Iniciativa enumera taxativamente qué delitos solo pueden ser culposos –sistema de “número cerrado”–, lo que reduce el poder punitivo estatal y evita absurdos).

2) Que la conducta viole un “deber de cuidado”.

3) Que el deber de cuidado se dirija directamente a evitar el peligro de un resultado típico, o a reducirlo a límites de riesgo permitidos. Y,

4) Que la violación del deber de cuidado “motive” el resultado típico, o, en otras palabras, que la violación del deber de cuidado se resuelva en dicho resultado.

##### C. ¿ES EL DEBER DE CUIDADO FUNDAMENTO ESENCIAL DE LA CULPA?

###### I. Consideraciones previas

1. Durante mucho tiempo –observan Muñoz Conde y García Aran<sup>196</sup> se sostuvo que bastaba la conexión causal de la conducta con el resultado previsible para fundar el delito culposo. Sin embargo, en 1930, el penalista alemán Karl Engisch<sup>197</sup>, basándose en consideraciones propias de la teoría de las normas<sup>198</sup>, razonó que, si por un lado tenemos que las acciones humanas se dan en un mundo social de riesgo para los bienes jurídicos, y si por el otro, el sistema tiene por finalidad evitar el daño social, entonces se hace indispensable exigir un cuidado frente a esos riesgos. Por eso en la imprudencia debía considerarse necesariamente la presencia de un elemento objetivo valorativo, que es la exigencia de un determinado deber de cuidado para impedir que se desarrollen los procesos de alto riesgo<sup>199</sup>.

196 Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, sexta edición, Valencia, Editorial Tiran Lo Blanch, 2004, p. 282.

197 Idem.

198 Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 997.

199 Bustos Ramírez, Juan J. Y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, editorial Trotta, S.A., 1999, p. 168



2. Nos dice el jurista litigante Ramos Maldonado, en su excelente ensayo “Sobre el tipo culposo” –que elaboró en la defensa de un caso penal–, que aquella contribución de Engisch, “...llevo a Welzel a proclamar que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado)”<sup>200</sup>. De ahí se pasó a considerar que la falta del cuidado exigido, por estar referida al actuar del sujeto, pertenece al tipo. El finalismo que extrajo dolo y culpa de la culpabilidad para trasladarlos al tipo consolidó el ciclo teórico.”<sup>201</sup>

## II. Los tipos culposos como tipos abiertos

Observa Ramos Maldonado, que fue también Welzel quien señaló que los delitos culposos, al sustentarse en la infracción del cuidado exigible, son tipos “abiertos”<sup>202</sup>, porque necesitan ser “cerrados” por el juez en el caso concreto, ya que a él le corresponde determinar cuál fue el cuidado debido que específicamente se inobservó y cuál es la fuente del mismo<sup>203</sup>.

Al referirse al tema, Bacigalupo señala: “El deber de cuidado no está definido en cada tipo del delito culposo previsto en el código penal. Por lo tanto, la definición del deber de cuidado requiere una definición relativa a cada situación concreta. De tal forma, el deber de cuidado debe precisarse a posteriori y ello es lo que permite considerar a los tipos de los delitos culposos como tipos abiertos, es decir, como tipos penales que deben ser “cerrados” por el juez mediante la definición del deber de cuidado exigible en la situación concreta.”<sup>204</sup>

Precisamente porque los tipos penales imprudentes no dan información acerca de la clase y medida del cuidado aplicable<sup>205</sup>, algunos juristas como Wolfgang Schöne muestran sus reservas, pues argumentan que cuando el juez penal condena por un delito culposo, “actúa no sólo como tal, sino también y en primer lugar como legislador”<sup>206</sup>.

## III. ¿Sin embargo, es acertada la postura que los tipos culposos serían tipos abiertos?

La respuesta no es tajante, porque depende cómo se diseñen en la ley los tipos penales culposos, de tal forma que el núcleo y condiciones de los deberes de cuidado a que se refieren, queden delimitados y precisados desde tipos culposos básicos, a través de sus elementos esenciales, ajustados a la materia de aquellos deberes y al caso concreto de que se trate. Y eso es lo que precisamente se piensa que se logra en el Proyecto del Código Penal, en primer lugar, a través de la normal previsibilidad del resultado como fuente esencial del deber de cuidado en todo tipo culposo. En efecto.

## SECCIÓN SEGUNDA

### FUNDAMENTACIÓN DEL TIPO CULPOSO

#### A. LA NORMAL PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO COMO FUENTE DEL DEBER DE CUIDADO EN TODO TIPO CULPOSO

1. El artículo 39-I de la Iniciativa dispone como requisito de la culpa, que en virtud del obrar sea “normalmente previsible” un resultado típico (que, conforme a la ley, admita la culpa). Y al respecto, cabe traer a colación la Exposición de Motivos del Código Penal del Distrito Federal, que razonó: “...la culpa se define partiendo de sus puntos fundamentales: la previsibilidad (posibilidad de prever), la provisión (posibilidad de proveer) y la ausencia de provisión (del cuidado posible y adecuado)”. Y añadió: “...La doctrina tradicional no toma en cuenta la provisión ni la provisión o no provisión, sin embargo, si falta la provisión es irrelevante que el sujeto prevea o no prevea la situación, en ambos casos no habrá culpa”.

2. Ahora bien, si la palabra “previsible” proviene del verbo “prever”, que conforme al Diccionario de la Lengua quiere decir: “aquello que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”, así como también significa: “disponer o preparar

200 Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª edición, 4ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, editorial jurídica de Chile, p. 156.

201 Ramos Maldonado, Adolfo, *Sobre el tipo culposo*, Saltillo, 21 de julio de 2016.

202 Wenzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal una introducción a la doctrina de la acción final, traducción y notas por José Cerezo Mir, tercera reimpresión, Buenos Aires, Editorial B de F., 2006, p. 113.*

203 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal Parte General, México, Editorial Porrúa, 2001 p. 523.*

204 Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito, tercera edición, renovada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1994, p. 191.*

205 Jescheck, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 622.

206 SCHÖNE, Wolfgang, *La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho Penal)*, p. 62. Mencionado por Quintino Zepeda, Rubén, en: “La Ciencia Penal a través de sus autores”, Flores editor y distribuidor, 2009, p. 158.

medios ante futuras contingencias”.<sup>207</sup> Luego, es indudable que la voz “previsibilidad” conlleva la necesidad de “proveer”, que a su vez comporta “preparar, disponer lo necesario para un fin”, coincidiendo de esa manera con la locución de “prever”.

Si a ello se suma que el artículo 39-I de la Iniciativa alude a un resultado “normalmente” previsible, y que el significado de “normal” apareja “que sirve de norma o regla”; luego, ese plus refuerza la idea que el resultado típico será “normalmente previsible”, “cuando la acción genere un riesgo que por regla general permite anticipar el resultado si no se provee el cuidado necesario”.

3. Luego, el primer presupuesto que fundamenta toda clase de culpa será que se obre de tal manera, que “sea «normalmente» previsible” que cause un resultado típico, es decir, que de ordinario permita anticiparlo, lo cual motiva proveer lo necesario para evitarlo o no producirlo. Lo cual también permite solucionar muchas situaciones en que la conducta es penalmente irrelevante porque en las circunstancias concretas el agente tomó las provisiones necesarias para evitar el resultado o no producirlo, de tal suerte que si él ocurre ya no podrá serle sentenciado a la conducta que se ajustó a las provisiones necesarias.

4. Y es que la exégesis teleológica del tipo culposo apoya la idea de que la normal previsibilidad del resultado, impone la necesidad de proveer a su evitación o no producción. Pues si el legislador tipifica la culpa con el fin de prevenir lesiones a ciertos bienes jurídicos, cuando provengan de acciones que permitan anticipar causar resultados típicos cuyos peligros puedan reducirse a límites de riesgo permitidos, o evitarse con las provisiones necesarias. Sea corolario lógico que, si en el caso se toman esas provisiones, el resultado que llegue a producirse ya no obedecerá a la falta de cuidado del agente, sino la mayoría de las veces a circunstancias que responden al proceder descuidado de un agente diverso o a fenómenos excepcionales fuera del control del agente, llamados por von Bar, “riesgos generales de la vida”.

5. Por ello, determinar que una conducta no es culposa porque tomó las provisiones necesarias para proteger el bien o que redujo a riesgos permitidos su afectación, limita la función punitiva de los tipos culposos, condicionándolos a que las conductas que puedan constituirlos impliquen un riesgo normalmente previsible para producir o no evitar los resultados típicos, porque no se adoptaron los cuidados necesarios para impedir esas consecuencias, a efecto de evitar el absurdo de punir acciones que no rebasaron el riesgo de lo permitido.

## B. FUNDAMENTACIÓN DE DEBERES DE CUIDADO EN NORMAS JURÍDICAS NO LEGALES

1. Los deberes de provisión o de cuidado, cuando se describan en normas que no son leyes, se han objetado como fuentes de la culpa, por múltiples razones. Ese proceder permite la deslegalización de los tipos penales en contravención de la garantía de legalidad penal del artículo 14 Constitucional.

La jurisprudencia mexicana ha establecido que los tipos o normas penales consignados en leyes no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el mismo carácter en sentido formal y material, pero sí cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter –como sucede con los reglamentos–, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal.<sup>208</sup>

2. Pero que no sucede así cuando en la ley penal se especifiquen con claridad los elementos esenciales de la conducta culposa y dentro de ellos, los puntos fundamentales a los que debe atenderse para determinar las provisiones necesarias en relación directa con la salvaguarda de los bienes jurídicos objeto de protección según las áreas o especialidades de que se trate (lo cual es posible hacerlo, dado el sistema de “número cerrado” de tipos culposos que adopta la ley), y solo se dejen a normas de rango inferior –que no son leyes– aspectos complementarios que pueden referirse a puntos concretos, o a cuestiones técnicas o protocolos de índole pericial cuya observancia es necesaria para la salvaguarda del bien jurídico según la especialidad de que se trate.

Y porque si ello debería especificarse en los tipos culposos, dada la inmensa variedad cualitativa y cuantitativa de la información técnica contenida en la normatividad existente en las múltiples y diversas áreas científicas y técnicas que regulan actividades de muy diverso orden, a efecto de tomar todas las provisiones que serían necesarias, prácticamente volvería a los tipos culposos en difícilmente inteligibles y no manejables –y siempre incompletos– y, por tanto, inciertos y aún abiertos, porque gran parte de esa normatividad tendría que completarse en cada caso concreto, para determinar cuáles serían las provisiones realmente adecuadas.

Y si se quiere ir a cuestiones más simples, ¿sería preferible establecer en un tipo culposo en materia de tránsito terrestre que estaría prohibido ir a exceso de velocidad, sin especificar cuál sería el límite y en qué tramo o lugar, y así, sucesivamente en cada situación de tránsito terrestre y de muchas otras clases de actividades riesgosas?, en vez de disponer:

“Cuando cualquier clase de actividad o situación esté regulada jurídicamente para evitar o no producir la muerte y/o lesiones personales, o daños a bienes materiales ajenos, o para disminuir el peligro de su afectación a límites de riesgo permitidos, tendrán prevalencia los deberes de cuidado o de provisión contenidos en disposiciones jurídicas relativas a la

207 Real Academia Española, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2001, España; <http://www.rae.es/>

208 Registro 1011708, Tesis 416, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Apéndice 1917-septiembre 2011, p. 1444.

actividad o situación de que se trate, que se dirijan directamente a evitar o a no producir dichos resultados, o a ajustar la conducta a límites de riesgo permitidos”.

3. De cualquier modo pareciera que en materia penal el sentido de las posibles remisiones es desde las normas penales hacia las definiciones materiales contenidas en otros ordenamientos, y no así la obligación de una armonización en sentido inverso. Esto último sería atentatorio de los principios en materia penal orientan a que todos los elementos del tipo se encuentren, en principio, previstos en la misma legislación penal y no en diversos ordenamientos, lo que dificultaría la aplicación ortodoxa de la reserva de ley penal y los principios de certeza y exacta aplicación penal.

4. Pero a diferencia de los tipos en blanco, las normas jurídicas que establezcan el deber de cuidado pueden pertenecer tanto a leyes que lo sean en sentido formal y material y que especifiquen todos los elementos esenciales del tipo culposo, y luego complementarse con otras disposiciones expedidas por órganos administrativos, con tal de que se limiten a indicar reglas específicas según la materia o especialidad de que se trate, que tengan relación directa a evitar lesionar los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales que la ley admita la culpa

Al respecto, Montealegre Lynett apunta: "Los sistemas jurídicos se han encargado de dar consagración legal o, más exactamente de recoger legislativamente (entendida la expresión en sentido amplio) ciertos deberes de cuidado que deben desplegar los sujetos durante la vida en sociedad. Esta fuente es la que mayormente permite que se cumpla en el tipo "abierto" culposo con las exigencias del *nullum crimen sine lege*.

5. No obstante, debe obrarse con cautela, porque la infracción de una norma extrapenal no equivale en automático a la violación del deber de cuidado en el caso concreto. Ya Nelson Hungría<sup>209</sup> advirtió que en ningún caso de infracción reglamentaria opera lo que llama presunción de culpa. Montealegre Lynett, por su parte, aclara: "la simple violación de un reglamento no genera responsabilidad culposa. Es necesario que exista una estrecha relación (nexo de antijuricidad) entre la infracción del deber de cuidado contenida en él y el resultado producido<sup>210</sup>".

Así se establece en el artículo 39-III de la Iniciativa del Código Penal que se propone, según ya fue transcrito, y en el cual se agrega un párrafo segundo:

“Cuando el agente observe las normas de provisión referidas en el párrafo precedente, su conducta no podrá estimarse culposa, aunque eventualmente se produzca el resultado.

6. Por otra parte, no es ocioso recalcar, que será inadmisibles fundar el deber de cuidado en la previsibilidad del resultado que era posible proveer, haciendo a un lado la normatividad jurídica que exista acerca de las provisiones a tomar ante actividades que generen peligros para bienes de terceros, precisamente, para ajustar la conducta a límites de riesgos permitidos. Ya que el Derecho tolera muchas actividades riesgosas cuando se ajusten a las pautas de cuidado fijadas por autoridades competentes. Por tanto, podrá ser previsible que ciertas acciones riesgosas originen resultados típicos. Pero no podrá fundarse la violación de normas de cuidado en la previsibilidad de resultados según proceder riesgosos donde no se habrían tomado ciertas provisiones, cuando sea el caso que aquellos proceder se ajustaron a las pautas jurídicas de cuidado ya establecidas, a menos de entrar en contradicción jurídica. Al respecto es ilustrativa la tesis siguiente:

VIOLACIÓN AL DEBER DE CUIDADO DERIVADO DE LA CALIDAD DE GARANTE. PARA QUE SE ACTUALICE DEBE ESTABLECERSE QUÉ DISPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO O QUÉ OTRA CLASE DE FUENTE, EN SU CASO, PREVÉ LA OBLIGACIÓN DEL INCUPLADO DE ACTUAR EN DETERMINADO SENTIDO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE QUE SE TRATE. Si la autoridad responsable estima que el deber de cuidado que le era exigible al inculcado derivado de su calidad de garante, estriba en no haber acatado una disposición legal de un reglamento específico, es necesario dejar establecido qué disposición del referido ordenamiento o de uno diverso, o bien otra clase de fuente, en su caso, señala a aquél la obligación de actuar en determinado sentido en relación con la protección del bien jurídico de que se trate, para así estar en posibilidad de afirmar que debido a ese incumplimiento se violó el deber de cuidado que le correspondía, dada su calidad de garante del bien jurídico tutelado, pues no basta afirmar dogmáticamente que se omitió cumplir con obligaciones derivadas de la ley, contratos o actuaciones precedentes, sin exponer las razones particulares que llevaron a esa conclusión.<sup>211</sup>

7. De aquí que deba excluirse la imputación cuando el agente cause un resultado con motivo de acciones riesgosas que el Estado permita, si aquél tomó las provisiones establecidas o aceptadas por el mismo Estado.

209 Citado por Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La Culpabilidad*, Cuarta edición actualizada, Buenos Aires, editorial Losada, S.A, 1992, p. 926.

210 Montealegre Lynett, *La Culpa en la Actividad Médica...*, Revista citada, p. 287.

211 Tesis II.2o.P.230 P, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1910.

En tales casos, aunque se creó un riesgo del resultado, éste debe ser un riesgo no permitido. Esto es, la acción riesgosa puede originar ciertos resultados e incluso tomarla el Derecho como motivo de consecuencias civiles, y, sin embargo, el mismo Derecho la permite bajo ciertas condiciones. Así sucede con el manejo de aparatos o sustancias peligrosas observando las provisiones para ello, o con la conducción de autos conforme a las pautas del tráfico establecidas, como también con la excavación y trabajo en las minas y con muchas otras actividades riesgosas, pero ajustadas a las pautas de cuidado fijadas por las autoridades competentes.

Porque no puede negarse que dichas actividades constituyen un riesgo para la vida, la salud y los bienes materiales. Lo que se prueba con las estadísticas de accidentes. No obstante, tales actividades riesgosas se permiten en el marco de ciertas reglas de cuidado establecidas por autoridades competentes, porque así lo exigen los intereses preponderantes del bien común que todos en iguales condiciones admitimos. Lo cual también es trasunto de la dinámica de la vida social: en virtud de la cual se toleran ciertas acciones riesgosas para bienes jurídicos ajenos. De ello se sigue que no podrá estimarse una conducta violatoria de un deber de cuidado, cuando ella genere esa clase de riesgos no desaprobados, aunque causen un resultado típico de un delito que admita la culpa.

8. Por ello, cuando la actividad riesgosa esté regulada, el deber de cuidado sólo podrá fundarse en la norma jurídica ya establecida que en el caso concreto sirva de pauta de la forma debida de actuar y que directamente tienda a evitar el resultado lesivo, o bien a disminuir el peligro a límites de riesgo permitidos.

### C. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DEBERES DE CUIDADO CONFORME A LA LEX ARTIS AD OC

1. En el artículo 39-IV de la Iniciativa, también se admiten las pautas de la “lex artis ad oc”, como parámetros para determinar deberes de cuidado en áreas científicas, técnicas o que requieran pericia profesional o práctica. El propio Montealegre Lynett lo explica así:

“Hay ciertas situaciones de la vida que suelen repetirse en el tiempo y en el espacio. Esto hace que la sociedad codifique (aunque no necesariamente a nivel legislativo) las experiencias vividas y señale pautas de comportamiento frente a dichas situaciones.”

“El ejercicio de una actividad profesional, por ejemplo, va decantando reglas que orientan al correcto desempeño de la función. El médico, el ingeniero, el odontólogo, el bacteriólogo, etcétera, cumplen sus tareas de acuerdo con las técnicas que la experiencia ha venido indicando frente a ciertas situaciones de hecho, denominadas por Welzel “típicas”, porque se presentan regularmente.”

“La codificación de esas pautas de comportamiento, es decir, de aquellas técnicas que el profesional debe emplear cuando se encuentre ante determinada situación (v.gr., un cuadro clínico característico, un terreno con ciertas peculiaridades geológicas, etc.) es lo que se denomina la lex artis...”

2. Ahora bien, si la norma del tipo penal culposo se concibe como norma determinadora de conductas, algo que la doctrina mayoritaria hoy acepta: fijar siempre el nivel de cuidado tomando como referencia a un hombre medio resulta insuficiente cuando la conducta que se vaya a realizar requiera una capacidad superior. De no ser así, se llegaría a una intolerable impunidad. Con esa base suele admitirse que el requerimiento de conocimientos especializados modifica el juicio objetivo. Sin que sea un punto problemático el tratamiento de los sujetos de capacidad inferior a la media. En este caso opera el “principio de no asunción del riesgo”.

En tal contexto, el artículo 39-V de la Iniciativa dispone lo siguiente:

#### V. “(No asunción del riesgo)”

“El agente deberá abstenerse de realizar una acción que pueda ser peligrosa para un bien jurídico ajeno, si carece de la capacidad para minimizar el peligro del resultado a límites de riesgo permitidos, o bien de evitarlo o no producirlo en lo necesariamente posible”.

“El agente también deberá abstenerse de aceptar la custodia de un bien jurídico ajeno, cuando carezca de la capacidad o no se halle en condiciones de proveer a su protección y cuidado, en la medida que sea necesaria”.

“Asimismo, el agente que haya aceptado la custodia profesional de una persona enferma o que padezca de algún mal, deberá abstenerse de una acción que pueda ser peligrosa para la vida de aquélla, o que pueda originar el empeoramiento de su estado de salud, si dadas las circunstancias del caso, aún carece de la información necesaria para proveer en lo posible las acciones adecuadas y necesarias para evitar la muerte o el agravamiento de la salud del paciente, o para reducir en lo posible el peligro a límites de riesgo aceptables en el área profesional o de especialidad de que se trate; salvo cuando se presente un estado de necesidad con peligro actual, en el que el agente podrá lícitamente adoptar las medidas que serían necesarias, según la información disponible, en orden de intentar la salvaguarda del bien jurídico.”

3. El principio de no asunción del riesgo, también se complementa con el “principio de confianza” del artículo 40-I de la Iniciativa, en cuanto establece:

“(Principio de confianza)”

“Cuando varios especialistas o personas encargadas del cuidado de un bien jurídico, obren en equipo, en interconexión, interconsulta o con repartición de tareas, se estará a las provisiones y procedimientos necesarios al caso, que cada una debe realizar o adoptar, para no producir o evitar en lo necesariamente posible el resultado, o reducir su peligro a límites de riesgo permitidos y, en su caso, si la violación del deber al no obrar de aquella manera, por parte de alguna o varias de ellas, fue la que motivó el resultado”.

“No violará el deber de cuidado, quien sin ser especialista en la ciencia, técnica o actividad de que se trate, se ajuste a las indicaciones de quien lo sea, pero si lo violará el que, sin ser especialista, no obre conforme a las indicaciones de quien lo sea, salvo que, en cualquiera de los casos, el no especialista llegue a obrar conforme a las provisiones y procedimientos señalados en las fracciones III y IV del artículo precedente”.

2. Sin embargo, cabe considerar que para apuntalar la *lex artis* como fuente jurídica de deberes de cuidado, no basta con sustentarla en la praxis y su producto: la experiencia decantada de la vida (considerada de manera genérica). Porque, además de que es imprescindible que la existencia de la propia *lex artis* encuentre respaldo en alguna norma legal, como es el mismo tipo culposo en la ley penal, también el mismo tipo tiene que modularse, estableciendo que deben tomarse en cuenta las circunstancias que concurran al caso (*lex artis* “ad oc”), para poder determinar si se proveyó o no lo necesario y posible, para la salvaguarda del bien jurídico de que se trate.

Así, tratándose de los actos médicos, Martínez-Calcerrada, para precisar el alcance de su nueva expresión –creada por el galeno, según Ramos–, adujo que, con ella, la general “*lex artis*” encuentra una genuina conformación, mediante el agregado del factor “ad hoc”, determinante de la regla “cada acto médico una *lex*”<sup>212</sup>

Haciéndose eco, los tribunales mexicanos han sostenido:

“...dada la gran variabilidad y complejidad que rodean a una condición clínica concreta, algunas dependientes del profesional, otras de las condiciones particulares del paciente, de los recursos o infraestructura que se disponga y, finalmente, por las circunstancias que la rodean, es imposible aplicar la misma normativa en todos los casos, sino que éstas deben adecuarse al caso concreto. Por tanto, puede decirse que la *lex artis* ad hoc es un concepto jurídico indeterminado que debe establecerse en cada caso, en el que el médico, a través de un proceso de deliberación, aplica las medidas con prudencia a la situación clínica concreta y en la medida de las condiciones reinantes...”<sup>213</sup>.

#### D. LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL TIPO CULPOSO Y EN LA CULPABILIDAD

1. Las consideraciones precedentes han llevado a preguntar ¿Cuál es el tratamiento que debería darse a la violación del deber de cuidado (o a la culpa) en el tipo penal culposo y en la culpabilidad? En tal virtud Roxin mantiene:

“Si bien la completa individualización de la responsabilidad en el juicio de culpabilidad se corresponde con los principios básicos del Derecho penal, en la antijuridicidad debería manejarse un criterio objetivo-general haciendo abstracción de las capacidades que condicionan la posibilidad individual de regirse por el baremo de la norma”.

En ese sentido Roxin luego aclara:

“La norma se dirige a todos; y debe hacerlo así para dejar claro a aquél cuya capacidad de rendimiento es dudosa qué es lo que como mínimo de él se espera, y en su caso para hacerle abstenerse de una imprudencia por asunción. Si el autor puede evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad, en general sólo determinable a posteriori”<sup>214</sup>.

2. Y ciertamente, no corresponde al estrato de la tipicidad decidir si el agente conocía o pudo conocer sin mayor esfuerzo las circunstancias en que se conducía –juicio ex post– a efecto de proveer el cuidado debido. Toda vez que estos extremos forman parte de los índices de la culpabilidad. Pero no es lo mismo atender al conocimiento de las circunstancias del caso que al agente “le” hacían previsible el resultado –lo cual sí toca decidirse ex-post en la categoría de la culpabilidad–, que tener en cuenta la posibilidad objetiva del concreto agente en el caso particular para observar el cuidado debido.

212 Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis, *Binomio Interdisciplinar: Medicina y Derecho*, conferencia pronunciada en la Fundación Ramón Areces, Madrid, editorial centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2008, p. 46.

213 Registro 2004722, Tesis, I.4°. A.92 A (10ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, p. 1819.

214 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 1037 y ss.

Y ello es así, porque la imposibilidad objetiva en el caso concreto de atender al deber de cuidado que no venga determinada por el propio agente, sí es materia para negar la tipicidad. Por ej., el guardavía no puede hacer el cambio de rieles en el momento indicado porque surge de improviso una falla mecánica no previsible normalmente, que le impide cumplir con su deber. Pero ello es distinto a exigir respecto al tipo culposo, que el agente que realiza la actividad riesgosa habría de darse cuenta del defecto mecánico, lo que no importa para la tipicidad de la conducta culposa, pero sí para la culpabilidad del agente. Y lo mismo es válido si para la actividad riesgosa se requieren capacidades especiales, pues serán éstas las que se tomen como baremo para resolver si el agente se condujo conforme a las mismas.

3. Baremo que a su vez es relativo. Porque si el agente carece de la especialidad requerida, pero interviene según las pautas de aquélla y aun así surge una complicación extraordinaria e incontrolable mediante la técnica de la especialidad, no por aquella carencia del galeno puede sostenerse la concreción del tipo culposo si ocurre un daño, sino sólo cuando la falta de las provisiones adecuadas para la cirugía haya originado el riesgo que se resolvió en el resultado. Como igual cabe que el especialista, por falta de práctica carezca de pericia, en cuyo caso debe abstenerse (principio de asunción.) Pero aun cuando aquél actúe a pesar de su pericia insuficiente, de todos modos, el resultado ha de ser motivado por sus maniobras imperitas y no por circunstancias extraordinarias frente a las que su acción ya se vea como inadecuada para causarlo.

4. Así, la previsibilidad y la provisiabilidad sobre el riesgo como fuentes del deber de cuidado, son indicadores objetivos que atienden a un doble baremo. Por un lado, el de la “normal previsibilidad” del resultado, y, por el otro, las circunstancias (con inclusión de las capacidades especiales del agente) que influyan en la previsibilidad del resultado como consecuencia de ciertas acciones riesgosas, donde el riesgo ha de ser minimizado con las provisiones posibles.

Mientras que en la culpabilidad se evalúa si el sujeto conoció o pudo conocer in mayor esfuerzo las circunstancias que originaban la previsibilidad del resultado, y, además, le era exigible ajustarse a la norma. De esa manera las capacidades inferiores a la media no excluyen la tipicidad por culpa, porque quien por ello causa el resultado, debió abstenerse de su acción riesgosa debido a su incapacidad, que hacía previsible ocasionar el resultado.

Ello puede expresarse en la máxima: abstente si eres incapaz de tomar las provisiones posibles ante una conducta riesgosa que normalmente haga previsible causar el resultado (principio de asunción). Pero sin que la falta de capacidad adecuada de quien no se abstenga ya predetermine el carácter culposo de su acción. Pues será preciso que la realizarla se aparte de las concretas exigencias de cuidado que requiera la actividad riesgosa que emprende y que ello se resuelva en el resultado.

Mientras que, tratándose de una capacidad superior, por eso ella debe emplearse en la medida que esté indicada para evitar o disminuir el riesgo. Y sin perjuicio de atender si en ese caso el agente se desajustó a ella, aun cuando aprovechándola habría evitado el riesgo. Y respecto a la culpabilidad: si el agente conoció o pudo conocer sin mayor esfuerzo las circunstancias constitutivas del cuidado debido y la exigibilidad de que se ajustase a él en el caso de que se trate.

#### D. LA CAUSA ADECUADA Y LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO COMO MOTIVOS DEL RESULTADO.

1. Igual cabe destacar que será incorrecto desatender el influjo en el resultado que tuvo la violación del deber de cuidado que sea indiciaria del injusto: en tanto que, según la ley, dicho resultado debe darse “con motivo” de esa violación al deber de cuidado. De aquí que, en el marco de acciones libres y auto-responsables en la vida social, los presupuestos para imputar un resultado típico a la conducta culposa sean, por una parte, su realización idónea al resultado, y por la otra, que el motivo de desaprobación jurídica de la acción se resuelva en el resultado. En suma, no puede renunciarse a requisitos cuyo contenido es la creación desaprobada de un peligro adecuado que se realice en el resultado, sin renunciar al ejercicio libre y responsable de los derechos de todos.

2. De lo expuesto se siguen consecuencias de imputación ya anotadas. Unas atinentes al carácter causalmente adecuado y desaprobado de la conducta. Otras que conciernen a la realización en el resultado del carácter desaprobado la conducta.

En el primer aspecto, si el Derecho no desaprueba acciones riesgosas ajustadas a las provisiones establecidas en normas jurídicas, menos aún aquellas que eventualmente causen consecuencias negativas no sujetas a la provisión de la acción (casos fortuitos). En relación con esos riesgos nadie renuncia a las actividades que los generan, sino que todos contamos con aquéllos en el sentido de “riesgos generales de la vida”. De aquí que si en el resultado concurre una concausa no dominable por la acción que se entreviere con ésta, aquél no le será imputable, aunque haya fungido como condición.

Justamente, el resultado no le será imputable a una acción inadecuada para producirlo y que, más bien, ocurre por circunstancias extraordinarias no dominables por dicha acción. Como antes se ejemplificó, el derrame cerebral que sufre una persona al romperse un aneurisma con motivo de la excitación de que es presa al resistirse a un arresto cuando se emplea en su contra la fuerza racional para someterla. O el infarto que sufre una persona debido al susto que le originó el súbito sonido de la bocina accionada por un automovilista en el tráfico rodado.

3. Por igual razón, el resultado tampoco será imputable a la acción, aunque haya sido ilícita, si concurre una concausa de la que el agente no se valió o no era dominable por él y que fue suficiente para determinar aquél. Así, quien aplica a otro una transfusión sanguínea contaminada de sida, si quien la recibe desde antes ya está infectado del virus que le determina la muerte. Y de igual

manera, la muerte no se imputa al heridor, si la persona fallece como consecuencia de un incendio en su casa, cuando convalece en virtud de la lesión inferida.

4. Mas el resultado de igual manera no será imputable a acciones riesgosas que el Derecho regula en función de su utilidad social y que se efectúan según los cauces jurídicamente regulados. Porque el resultado que se ocasione en aquellas condiciones es expresión del riesgo que se soporta y permite de manera general. Y como enseguida se verá, para la concreción del tipo culposo será necesaria una conducta que origine un riesgo desaprobado y donde el motivo de desaprobación se resuelva en el resultado. Lo cual permite establecer condiciones adicionales para esos delitos.

Es decir, la concreción del tipo culposo no solo se resolverá por la violación del deber de cuidado posible de cumplir, sino cuando el carácter desaprobado de la acción riesgosa se resolvió en el resultado. Para ello habrá de preguntarse: ¿Influyó en el resultado el desacato a la norma de cuidado? Cuestión que no se solventa en el tipo culposo solo porque el resultado sea consecuencia de la acción adecuada para producirlo; sino, además, cuando aquél sea efecto de la acción riesgosa desaprobada y, por ende, cuando el resultado se habría evitado con el ajuste al cuidado debido.

De ello se sigue que el resultado no se imputa: 1) Cuando se viole una norma cuyo fin no tenga el fin directo de evitar o reducir el riesgo del resultado típico. 2) Cuando los incidentes del caso (no procurados) impidieron al agente proveer el cuidado debido. 3) Cuando el resultado se habría producido aun ajustándose al deber de cuidado.

5. Como puede advertirse de esas pautas y de la exigencia de que toda conducta típica ha de afectar a un bien jurídico, no se sanciona cualquiera que sea causa adecuada de un resultado previsible no aceptado y que admita la culpa: pues no se pune por el desvalor del resultado, sino por el desvalor de la acción violatoria de un deber de cuidado que origine tal resultado (y que podría evitarse de observar tal deber; esto es, de haber tomado las provisiones posibles.)

De ahí que, aun dadas todas las condiciones objetivo-normativas ya expuestas, el tipo penal culposo no se concreta a menos que concurra otra condición normativa adicional, consistente en una valoración de la eficacia causal de la violación del deber de cuidado respecto al resultado, a través de la formula siguiente: “Violar un deber de cuidado será imputable cuando el resultado pudo evitarse con la acción posible y adecuada al deber de cuidado”. Por lo tanto, si aun de observar el deber de cuidado, el resultado se pudo producir, ya no cabe imputarlo a la conducta violatoria del deber, porque en el caso concreto la infracción de la norma ya carecía de algún sentido de protección del bien.

Y es que, así como la culpa no se configura cuando en el caso falte la norma jurídica especial que imponga el cuidado con el que se intente evitar el riesgo no permitido; o cuando falten las condiciones por las que sea normalmente previsible originar el resultado. El tipo penal culposo tampoco se concreta cuando la infracción al deber de cuidado no sea la determinante para motivar dicho resultado. Es decir, el resultado no se imputará a la violación del deber de cuidado cuando aun de haberlo observado, de todas suertes el daño se habría verificado.

Lo que podrá darse en los casos siguientes: a) Cuando el fin de protección de la norma del tipo sea ajeno al fin de la norma violada. b) Cuando concurra una concausa que excluya ocuparse de la violación a la norma de cuidado. c) O bien cuando aquella concausa vuelva intrascendente la violación. Y, d) Cuando el resultado se habría dado aun de haber observado el deber de cuidado.

a) Ahora bien, un ejemplo donde el resultado es ajeno al fin de protección de la norma violada, mismo que radica en evitar el resultado del tipo, es el de cuando alguien conduce sin licencia y pese a manejar con el cuidado debido, ocasiona lesiones.

Pues aun cuando aquél haya puesto una condición física que causó el resultado y también violó el deber de conducir con licencia – cuyo fin es constatar que el conductor sea apto para manejar vehículos automotores, para así proteger bienes jurídicos ajenos–: de todos modos, el fin de la obligación de conducir con licencia no es impedir la lesión de bienes jurídicos mediante la observancia de las reglas de manejo. Por ello, la violación de la norma que obliga a conducir con licencia, al ser remota o indirecta al fin de protección de una norma de cuidado, no puede ser relevante para concretar un tipo penal culposo.

b) El resultado tampoco se imputará al agente, cuando los incidentes del caso (no procurados) le hayan impedido cumplir con el deber de cuidado. Ello es así, ya que la norma del tipo penal culposo sólo prohíbe la violación de deberes de cuidado posibles de cumplir. Así se desprende de la exposición de motivos que se ha hecho al respecto, pues para la culpa será preciso que exista la “provisibilidad” (posibilidad de proveer.) Por ello, la imposibilidad objetiva en el caso de proveer el cuidado debido, que no venga determinada por el agente, será motivo para negar la tipicidad del hecho. Como el guardavía que no puede hacer el cambio de rieles en el momento indicado, porque surge una falla mecánica normalmente imprevisible, que le impide cumplir con su deber.

c) La concurrencia de una causa ajena que opere por sí originando el resultado, impedirá que este se impute a la violación propia del deber de cuidado. Un motociclista trae un pasajero contra la prohibición en tal sentido, cuyo fin es evitar que el último sufra lesiones o la muerte, debido a que esa circunstancia dificulta maniobrar la moto. Empero, el conductor de un camión por un descuido la arrolla por detrás, causando la muerte del pasajero. Aunque es claro que las conductas del camionero y el motociclista concurrieron al resultado. Igual es obvio que la violación del motorista no determinó el resultado; pues la muerte del acompañante se debió al alcance descuidado del camionero y no porque el motorista no pudiese maniobrar la moto.

d) Por último, están los casos de conducta alternativa conforme a Derecho que excluyen la imputación cuando el resultado se habría dado aun observando el deber de cuidado. Ello implica una doble apreciación de la causa. La evaluación de una causalidad física, y otra normativa por la cual pueda afirmarse que el desvalor de la acción se resolvió en el resultado. En efecto, en el artículo 52-II de la Iniciativa se dispone que habrá atipicidad “cuando en el caso el resultado pudo producirse o no haberse evitado, aun si el agente hubiera observado el cuidado debido”.

Para lo cual ha de examinarse si la violación de la norma de cuidado generó un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma, que se haya resuelto en el resultado. En otras palabras, si el daño no podía evitarse aun de haberse observado el deber de cuidado, la violación del mismo será irrelevante al fin de la norma, de salvaguardar al sujeto pasivo del daño que en el caso le resulta según otras circunstancias, fuera del dominio del agente. Lo que confirma el artículo 52-II de la Iniciativa: habrá atipicidad “cuando en el caso el resultado pudo producirse o no haberse evitado, aun si el agente hubiera observado el cuidado debido”.

Por ej.: Si aun respetando la velocidad permitida pudo haber sido inevitable arrollar a la persona que de improviso se cruzó al paso. Y aun cuando al respecto operara la diversa razón de que el resultado se excluye debido al actuar auto-responsable de otro, tal razón no sería válida cuando se trate de un infante, donde la atipicidad se da porque en realidad la violación no motiva el resultado o éste no se causa en virtud de aquella.

En un tenor similar está el caso que expone Díaz Aranda: “...si el clínico omite hacer la prueba del sida al donante de sangre y con ella se realiza una transfusión a otra persona que se infecta, si se prueba que aun de haberse practicado la prueba en ese tiempo no se hubiese detectado la infección por hallarse en los primeros días de incubación, de todos modos, cumpliendo el deber de cuidado era inevitable el resultado.”<sup>215</sup>

6. La valoración debe hacerse en la medida del deber de cuidado y en el caso concreto. Es decir, tal como suceda, con el correctivo del suceso conforme al deber, mismo que evita que se pongan a cargo del agente eventos fortuitos. Lo cual viene a darle apoyo material adicional a este supuesto como una causa propia excluyente de delito.

Sin que a lo anterior empezca el argumento que, de ir a la velocidad permitida, el agente habría estado a una distancia menor con la que habría evitado el resultado, porque recuérdese que tampoco lo habría producido de conducir a velocidad aún mayor. Pero evóquese igualmente, que, en el fondo, lo que importa es constatar si en el caso concreto el fin preventivo de la norma de cuidado fue o no suficiente para resolverse en el resultado.

De aquí pues que el correctivo del supuesto alternativo apareje ajustar la conducta al cuidado debido, sin cambiar las circunstancias concurrentes. De tal modo que puede subsistir la causa adecuada del agente y no descartarse la imputación en virtud de que la concausa no operó por sí para negar el nexo de adecuación y, sin embargo, en razón del correctivo del supuesto alternativo sí excluirse la conducta culposa como típica, porque en el caso no pueda establecerse que el motivo de desaprobación motivó el resultado, o bien porque se acredita que no fue determinante del resultado y respecto del cual el respeto a la norma careció de función protectora o el Ministerio Público no probó lo contrario.

11. Lo cual también lleva a que el resultado no se imputa a la conducta, cuando concurre la auto-puesta en peligro de una víctima responsable, en tanto cabe esperar que cada cual asuma responsablemente su ámbito de libertad (principio de confianza.) Quién de súbito “torea” a un vehículo que va a exceso de velocidad, si acaso la extrema cercanía del andante motiva el descontrol del conductor y da lugar al atropello. Asimismo, la exclusión de la imputación del resultado de muerte, al autor del suministro de la droga por la auto-puesta en peligro responsable del consumidor; es decir, del adulto del que razonablemente quepa suponer informado de los riesgos de extralimitarse en la aplicación o ingestión de la droga (dada legal o ilegalmente.)

12. Sin que se pasé por alto el problema de distribución del riesgo entre el activo y la auto-puesta en peligro responsable de un bien indisponible por su titular. Lo cual por lo general no excluye la imputación del resultado si la conducta fue adecuada para producirlo, las condiciones concretas lo hacían previsible y hubiera sido evitable ajustándose al deber. Empero, ello sí puede servir de pauta para la compensación del daño. Pero lo que también obliga a examinar los casos donde concurren conductas violatorias del deber de cuidado, para determinar respecto a cada una, si el resultado era previsible y posible de evitar con la provisión adecuada, o si aun con esa provisión no podría haberse evitado el resultado que ocurrió con motivo de la conducta culposa concursante.

Porque habrá concurso de culpas cuando los agentes habrían evitado el resultado ajustándose al deber: como cuando chocan sus carros cuando uno desatiende el semáforo en rojo y el otro circula a exceso de velocidad, si de ajustarse al cuidado debido habrían evitado el golpe. Pero no sucede así cuando X no hace alto y se adentra a una arteria de libre circulación en un solo sentido, donde lo embiste Z que circulaba en el sentido contrario, no permitido. Pues aun si X hubiera hecho alto no hubiera visto a Z y el resultado se hubiera producido, ya que Z circulaba en un sentido respecto del que X no estaba obligado a volver su vista, ni del que cabía esperar tomar provisión alguna. Lo cual no aplica por lo que toca a Z: pues si hubiera circulado en la dirección correcta habría sido visto por X y se habría evitado el resultado.



13. Estas consideraciones que se derivan del tipo penal culposo, de ningún modo riñen con las tesis de jurisprudencia –en esencia correctas– que sostienen el concurso de delitos culposos y la compensación del daño. Ello es así, porque en los casos fortuitos –en los que se actualiza el supuesto alternativo conforme al deber– simplemente no puede haber concurso de delitos culposos. Ya que faltará la concreción del tipo culposo respecto de quien opere a su favor el supuesto alternativo conforme al deber, que evita imputarle el resultado porque éste no se resolvió “en virtud” de la violación de su deber de cuidado.

#### APARTADO OCTAVO

#### AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

#### SECCIÓN PRIMERA

#### LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN COMO ELEMENTOS DEL TIPO

##### A. PREMISAS

1. La opinión de que la participación atañe al tipo penal fue casi extraña en México durante mucho tiempo. La mayoría de la doctrina se orientó por el sistema lógico-formal con acomodo causalista. Él partía de la idea de que el dolo y la culpa informaban a la culpabilidad. De ahí que solo pudiera hablarse de la punibilidad de los partícipes, luego de verificar la responsabilidad del autor. Ello llevó a estimar a las formas legales de participación como causas que extendían la responsabilidad o la punibilidad del delito cometido por el autor, a otras conductas distintas de la de aquél.

2. Sin embargo, es absurdo ampliar responsabilidades y extender penas a conductas atípicas. Y las conductas diversas a las de un autor material no podrían ser punibles si no se las acotara en la ley penal –en respeto a la garantía de legalidad–. Al regularlas en la Parte General de los códigos penales, Jiménez Huerta destacó la función de esas normas sobre la autoría y participación como “dispositivos amplificadores de las figuras típicas”. Beling los llamó “tipos delictivos subordinados o figuras accesorias”, mediante las cuales el legislador pune acciones que no son homicidio, robo, violación, etc., y que, por tanto, quedarían impunes conforme a la acción descrita en la figura típica.

3. Por ello, las diversas formas de autorías son elementos alternos pero permanentes del tipo, como las demás formas de intervención igual son elementos típicos alternos, pero contingentes y accesorios a las autorías. Y aunque es verdad que las intervenciones típicas distintas a las de autor, dependen de que la conducta de éste concrete dolosamente un tipo penal (principio de accesoriedad típica): es igualmente cierto que aquéllas también deben ajustarse a las condiciones que les fija su descripción en la ley penal, para adquirir su relieve típico. Y donde la concreción típica de una autoría siempre será necesaria, para que las demás conductas típicas de participación puedan punirse.

4. Lo último es importante, porque quienes amolden sus conductas a formas típicas diversas de las autorías, no actualizarán tipos básicos “independientes” del concretado por los autores, y a cuya realización todos concurren, aunque en ciertos casos sí pueda haber diferencias en modalidades y circunstancias no comunicables. De ahí la idea de que el partícipe no-autor se apoya en la concreción del tipo por el autor, se corresponda con la difundida figura jurídica de la accesoriedad de las conductas típicas de los partícipes a la conducta típica de los autores como conductas principales. Con lo cual también se asume la unidad del hecho delictivo a cuya realización concurren todos los que típicamente intervienen en él, aunque cada uno con su propia responsabilidad.

##### B. CRÍTICA A LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN COMO CONDICIONES CAUSALES EN LA COMISIÓN DEL DELITO

1. Cabe señalar que antes del CPC de 1999, el CPC DE 1984 fijaba una base genérica para que fuera punible cualquier forma de intervención, pues puntualizaba: “Es autor o partícipe quien pone una condición en la realización del tipo penal de un delito”.

Según esa postura, para constatar cuándo una conducta tendría carácter de condición en la concreción de un tipo penal, se eliminaría hipotéticamente dicha conducta del decurso del hecho y si éste dejaba de darse en la forma en que se ejecutó, se afirmarían el carácter de condición de la conducta sujeta a examen. Y a la inversa, si el hecho de todas suertes se hubiera llevado a cabo en la forma en que se dio, se negaría entonces el carácter de condición a la conducta cuya relevancia típica se cuestionaba.

Vista así, la teoría de la equivalencia de las condiciones aplicada a las formas de intervención típica extendía en forma ciega la punibilidad. Como también conducía a soluciones tan indiferenciadas como injustas. Es decir, aquella teoría llevaba a punir por conductas no dolosas y excluir como partícipes a cómplices reales, o estimarlos como tales aun cuando hubieran sido coautores, con clara violación a los principios de certeza y de proporcionalidad en materia penal de los artículos 14 y 22 Constitucionales.

2. Asimismo, en la actualidad el mero criterio causal para definir la autoría y participación, metodológicamente pasa por alto los lindes con los que en la ley penal y su exegesis coherente permiten distinguir a los autores de los determinadores y cómplices en el delito e involucra consecuencias indeseables. Una de ellas consiste en que el criterio causal no diferencia ni delimita las formas de

participación según la prevé la ley penal, sino por el contrario, las nivela y parifica. Y si la ley distingue y especifica diversas formas de intervención, es imposible encontrar los parámetros de sus diferencias según aquel criterio.

Un ejemplo con el que algunos sectores judiciales forenses, todavía conciben en un plano puramente causal a las formas típicas de intervención en el delito, sin ajustarse a las que arbitra la ley penal, es el de la tesis siguiente:

“COPARTICIPACIÓN, NOCIÓN DE LA. A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, hay que partir de la noción de autor material, que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que "colma" el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes, ligadas íntimamente a la conducta fundamental. Ahora bien, para que las conductas cooperantes tengan trascendencia a la luz del Código Penal, deben estar vinculadas de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además, la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material y ambas conductas deben estar vinculadas, en virtud de una conexión psíquica, dado que sin esta vinculación no puede existir participación, pues no se daría el "dolo de participantes".<sup>216</sup>

3. Otra consecuencia indeseable de la postura causal radica en que es incapaz de explicar las distinciones respecto a la penalidad disímil para los autores y los cómplices, cuando ni siquiera hace diferencias entre ellos, ni atiende al mayor o menor influjo que tuvieron en la realización del delito. Al igual que las diferencias que se dan porque concurren causas de agravación o atenuación respecto de uno o más de los intervinientes, pero no en todos.

## SECCIÓN SEGUNDA

### LAS AUTORÍAS

#### A. LAS AUTORÍAS EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

1. El artículo 33-A de la Iniciativa principia con las autorías la regulación de las formas típicas de intervención. Lo cual es un buen comienzo metodológico. Porque si la ley penal primero habla de autores y luego de partícipes: lo cual sucede desde el párrafo inicial de aquel artículo, lo mismo que en el orden en que se mencionan en ese numeral, donde las colocadas en los últimos lugares, se refieren a intervenir en un hecho delictuoso que otro u otros realizan por sí mismos, es claro que si cualquiera se representa las diversas acciones ahí formuladas respecto al hecho, todas ellas giran en torno a la figura central de los autores, como imágenes principales del evento, donde las de los demás partícipes están en la periferia.

2. De ahí la idea de que el partícipe no-autor se apoya en la representación central del autor, se corresponda con la figura jurídica de la accesoriad de las conductas de los partícipes a la conducta típica del autor, como conducta principal. Con lo cual se asume la unidad del hecho delictivo a cuya realización concurren todos los que típicamente intervienen en él. Y, por ende, sin que sea admisible la noción de que las formas de intervención aparejarían diferentes hechos que concretarían tipos delictivos distintos. Pues sólo hay un hecho delictuoso al que todos concurren típicamente, aunque cada uno con su propia responsabilidad.

3. Por ende, se emprenderá primero la motivación de las autorías con base en las distinciones entre la autoría (material) –conocida también como autoría única–, la autoría mediata, la coautoría material, la coautoría por codominio del hecho y la coautoría tumultuaria concertada (como forma de codominio del hecho.) Mismas a las que la ley les asigna igual penalidad que al autor material, formando filas junto con los determinadores, cuya conducta consiste en “determinar dolosamente a otro a cometer un delito”. Mientras que el proyecto asigna una penalidad atenuada a las demás formas de intervención que no son de autor, como son las de los cómplices por “auxiliar o ayudar” a la ejecución del delito y a la “intervención no preordenada con incertidumbre de autor”, por elemental principio de proporcionalidad.

4. De todo lo cual se obtiene una idea clave. Las autorías se hallan en el centro del hecho, dominándolo. En tanto que la determinación y la complicidad por auxilio o ayuda anterior o simultánea al hecho, o posterior por acuerdo previo, se hallan en mayor o menor medida en la periferia del mismo hecho. Mas al que no dominan. Dicho de otro modo, los autores dominan el hecho descrito en el tipo, pero no dominan la conducta de los determinadores ni de los cómplices, quienes concurren con su acción, de manera accesoria, para la concreción del hecho por el autor. Encontrándose en categorías aparte las llamadas responsabilidad correspondiente y la intervención no preordenada con incertidumbre de autor.

#### B. LAS AUTORÍAS EN LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Ciertamente, la idea de autor no solo se corresponde con quien realice materialmente la conducta que prevea un tipo penal, pues quedarían fuera otras conductas inferidas de la ley, con las cuales los individuos ejecutan el hecho típico de tal modo, que dominan su realización. Por lo que, dado su total dominio en la realización del hecho, sería insensato considerarlas como formas típicas de

<sup>216</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IX, enero de 1992, p. 148.

conducta que asumirían otros partícipes no autores. Y no sólo porque las conductas de aquellas personas no consisten en las que la ley arbitra para los determinadores y los cómplices, sino porque su actuación –al igual que los autores materiales– se caracteriza por tener un poder absoluto en la concreción del tipo.

2. Según Roxin<sup>217</sup> y Donna<sup>218</sup>, los antecedentes de la tesis del dominio del hecho se remontan a 1915 con Hegler, aunque Donna anota lo que advirtió Díaz y García Conlledo<sup>219</sup>, en el sentido que la idea del dominio del hecho campeó desde antes con expresiones diferentes. Sin embargo, la doctrina es coincidente que la teoría del dominio del hecho se conforma como tal con Welzel ante los delitos dolosos. Así, autor es quien consciente del fin tiene el dominio del hecho, porque configura su existencia y su forma de ser. Lo que no cambia en los autores por codominio, porque entre todos cosustentan el hecho de tal modo que el mismo no podría realizarse sin el apoyo esencial que le da cada cual. Los autores dominan el hecho, pero no los determinadores ni los cómplices, quienes –cada uno– tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo.

3. Tal postura, con ciertos matices, la desarrolla Roxin en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. En la cual permea tres expresiones del dominio del hecho como formas de autoría: 1) La idea del dominio del hecho por parte de quienes, sin depender de otros, concreten los elementos del tipo. 2) La idea de que también serán autores, quienes ejerzan dominio sobre la voluntad de otro. 3) Y la idea de que por igual serán autores quienes dependiendo entre sí ejerzan un codominio absoluto del hecho.<sup>220</sup>

4. ¿Es posible aplicar esas ideas en la ley penal mexicana? Sí, en la medida que se corresponden con las conductas que la ley penal arbitra como de “autores y partícipes”: permitiendo darle un contenido material a las formas de autoría, que facilite su deslinde de las de los determinadores y cómplices (partícipes).

En efecto, la tesis del dominio del hecho permite entender las pautas con que la ley arbitra la intervención en el delito, de tal forma que se evite imputar como autorías formas de intervención que en realidad son de complicidad o determinación, o viceversa. Con lo que se impide una exégesis superficial o irracional de las formas típicas de intervención en el delito, que favorezca un ejercicio arbitrario del poder punitivo.

### C. LA AUTORÍA MATERIAL, COMO AUTORÍA ÚNICA

1. El artículo 33-A-I del CPC alude a la forma de autor material con el tenor siguiente: “Cuando dolosamente realice por sí la conducta que describa o implique el tipo penal de un delito consumado o la de tentativa punible o equiparada a ésta”. Con ello se parte de un punto de vinculación que proclamó la teoría objetiva-formal y que aún es válido: la necesidad de acudir a las figuras típicas de los delitos en particular para fijar el concepto de autor. Donde la primera idea de autor es concebirlo como el sujeto que realiza por sí la conducta descrita en un tipo penal, ya sea como delito en grado de tentativa o bien consumado.

La expresión “realizar por sí” el delito consignada en el precepto citado, sólo atrapa a quienes realicen materialmente la conducta del tipo penal del delito de que se trate, más no comprende a quienes realicen otras conductas dominantes, determinantes o coadyuvantes para la comisión del delito.

Así, serán casos de autoría material clavar el puñal con fin de matar, en un homicidio doloso; privar de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, en el secuestro; apoderarse físicamente de la cosa, en el robo; copular mediante violencia y sin consentimiento del pasivo, en la violación, y engañar a otro o aprovecharse del error en que se halle, en el fraude. En ese contexto sólo puede ser autor material único quien realice por sí la conducta de un tipo penal, con inclusión de los medios que el mismo describa. Por ello, no será autor material único, sino coautor material quien lleve a cabo la acción de un tipo penal, pero sin que él ejecute por sí el medio también descrito en aquél, mismo que otro realiza.

2. El artículo 33-A-I propuesto, no alude a quien a través de un mecanismo u otro medio ciego realice la conducta que describa o implique un tipo (autoría directa), como antes lo hacía el artículo 23-I del CPC cuya abrogación se propone. Más la expresión “realizar por sí” el delito de aquel numeral, basta para concebir al llamado doctrinalmente autor directo, porque lo será quien emplee mecanismos o medios técnicos como complemento de su propia acción para concretar un tipo penal. Por ejemplo, quien usa medios electrónicos para hacer pasar dinero ajeno de una cuenta bancaria a la propia; quien activa el dispositivo de una bomba de tiempo, para que luego la explosión dañe la propiedad ajena.

<sup>217</sup> Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, Madrid, 7ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 153 y ss., 165 y ss., y 305 y ss.

<sup>218</sup> Donna, Eduardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 30.

<sup>219</sup> Op. cit., ídem.

<sup>220</sup> Roxin, Claus, op. cit., pp. 141, 151, 165, 305 y ss.

Y ello es así, porque en esos casos el sujeto tiene el dominio del hecho, donde la vía electrónica y el dispositivo sirven como complemento de su conducta, y cuyo uso sólo depende de aquél, como nada más de él pende realizar la acción del tipo a través de esos complementos con los que configura el hecho típico.

3. Por otra parte, debe aclararse la concepción tan difundida de que sería autor –al que se suele llamar “intelectual”–, quien manda matar a otro, pero que no controla la ejecución; o quien planea el homicidio, pero que se desentiende del plan y no interviene durante la ejecución del delito con algún aporte esencial para poder cometerlo, sino que lo entrega a sus ejecutores.

Y es que aun cuando los ejecutores materiales actúen subordinados al designio de los llamados “autores intelectuales”, quienes conservan en dichos sucesos la última decisión libre de matar son los ejecutores materiales. En esos eventos, los llamados autores intelectuales no dominan el hecho porque no controlan la voluntad de los ejecutores, ni éstos dependen de aquéllos para ejecutar la acción del tipo penal, quienes actúan por su propia cuenta para tal efecto. Los llamados “autores intelectuales” podrán ser determinadores o cómplices, pero no autores, porque su conducta no se ajusta al artículo 33-A del CPC, que concibe al autor material. Ya se verá en qué medida sería posible considerar la intervención de los llamados autores intelectuales a título de “coautores”.

Toca ahora motivar la autoría mediata.

#### D. LA AUTORÍA MEDIATA (COMO FORMA DE DOMINIO DE LA VOLUNTAD)

1. Es autor mediato quien para cometer el delito “se sirve de otro excluido de delito”. La expresión “servirse de otro” apunta a la idea de que “el otro” actúa dominado por el sujeto de detrás, quien se aprovecha de ciertas circunstancias para valerse de aquél y usarlo como instrumento o controlándolo de tal modo, que el sujeto de adelante obra excluido de delito.

Y por ello, también es claro que el hecho sí será delito respecto del sujeto de detrás que, como autor mediato “se sirve” del de adelante para cometer el hecho delictuoso. Si el sujeto de adelante no obrara excluido de delito y realizara una conducta delictuosa por el influjo del sujeto de detrás, o conjuntamente con éste, la forma de intervención del mismo ya sería de “determinador” o “coautor”, pero sin que en esos casos pueda sostenerse que el sujeto de detrás “se sirve” del de adelante, al menos en el sentido típico antes dicho.

2. De lo anterior ya se extrae una primera pauta: en la autoría mediata el sujeto de detrás será autor en cuanto domine a quien materialmente realiza el hecho. Sin embargo, en ciertos casos se discute que el sujeto de detrás en realidad debería considerarse autor material y no autor mediato.

En efecto, se afirma que así sucedería cuando el sujeto de detrás ejerza fuerza que anule la acción del sujeto de delante. Esto es, cuando con motivo del impulso físico que ejerza el sujeto de detrás, el de adelante no tenga oportunidad de exteriorizar su voluntad en la manifestación corporal a la que materialmente es forzado. En tal caso, el sujeto de detrás más que domine la voluntad del sujeto de adelante, le impide en lo absoluto manifestarla. Tal evento parecería ser admisible conforme al CPF, como autoría material del sujeto de detrás. Ya que la fracción IV sólo se refiere a quien “se sirva de otro”; pero sin que aluda a que ese otro esté “excluido de delito”, o que el sujeto de detrás se sirva del otro “como instrumento”, como lo hace el artículo 22-III del CPDF.

Con ello, los artículos 22-III del CPDF y 33-A-V que se propone permiten que prevalezcan las expresiones “servirse de otro como instrumento, o excluido de delito” con las que regulan la autoría mediata, las cuales indican la concreción de la autoría mediata y no de la autoría material. Podría sostenerse que esa solución lleva a la inconsecuencia lógica de que, si falta la conducta, igual falta la base para excluirla de delito. Dicho de otro modo, no podría excluirse de delito a una conducta inexistente. Pues el sujeto de adelante es sólo un instrumento por la fuerza del autor, quien en realidad realiza “por sí” la acción típica.

Empero, es esa salida la que rechazan los artículos 22-III del CPDF y 33-A-V, donde el primero alude a que se emplee al sujeto de delante “como instrumento”. Y también porque los tres códigos conciben a la ausencia de voluntad como causa que excluye al delito. Lo cual tampoco debe llevar a lo que sí sería un absurdo: de sólo considerar posible la autoría mediata en el CPDF cuando el sujeto de adelante funja como mero instrumento físico: porque también esa expresión implica que el sujeto de detrás se valga del otro porque controla su voluntad no libre, o de algún otro modo por el que el sujeto de adelante –controlado en su voluntad– actúa excluido de delito como si fuera instrumento del sujeto de detrás en su calidad de autor mediato, según se verá.

3. Conforme a ello, aparte de los casos de autoría mediata por fuerza irresistible: el sujeto de detrás también puede dar pie o aprovecharse de situaciones por las que dirija a su fin delictuoso la conducta atípica, o bien típica, pero no antijurídica o inculpable del sujeto dominado. Mas éste no comete delito porque el Derecho lo excluye de responder con pena, o porque actuó sin dolo o conforme a Derecho, o bien porque actuó de manera inimputable o inculpable, en circunstancias de las que el autor mediato se vale para dominar el hecho.

Así, ya visto el caso de fuerza irresistible, será válido sostener que el autor mediato conservará dominio del hecho, cuando aquél se valga de un infante, o del error de tipo en un adulto, acerca de las condiciones en las que actúa: como sucede con quien da una pistola a un niño de cuatro años de edad para que la dispare contra otro, y con el médico que entrega una inyección de cianuro a la enfermera ignorante de esa circunstancia, para que la aplique al paciente como si fuera el medicamento indicado.

En esos eventos el autor mediato domina el hecho, por la completa subordinación del niño a aquél o debido a la insuficiente comprensión del infante acerca de la trascendencia de su conducta, o bien del error de la enfermera de lo que se le hace ejecutar, lo que torna atípica su conducta. Lo mismo sucede cuando el autor mediato se sirve de un adulto incapaz de comprender la naturaleza de lo que hace. Casos donde esas personas serán sujetos activos, pero no autores materiales en sentido típico penal.

4. Aunque caben los casos límite, como cuando un menor ya comprenda la naturaleza de lo que hace y pueda decidirse según esa comprensión, sin que actúe sometido al sujeto de detrás. Eventos en los que difícilmente podrá sostenerse que el sujeto de detrás se valga del menor, dominando su voluntad, pues éste queda libre para decidir su conducta de otro modo, conforme a su comprensión del hecho antijurídico.

¿Allí sólo cabría fundar la autoría mediata del sujeto de detrás, dado que la ley penal estima al menor excluido de delito? La ficción surgiría desde el enfoque ontológico del hecho. Porque no puede darse una fundamentación de la autoría mediata del sujeto de detrás en esos casos, al menos desde los límites legales que se derivan para afirmar su autoría mediata: ya que aquél en realidad “no se sirve” del menor al no dominar su voluntad. Mas ello no convierte en atípica la conducta del sujeto de detrás, sino que, según el caso, su proceder se adecuará a la determinación, complicidad o coautoría –con el menor–.

Así, será determinante quien haga que el menor decida realizar una conducta típica de autor, si es que éste actúa libremente y comprende la naturaleza de la conducta del determinante y la del hecho que se le convence realizar, aunque esté excluido de imputación penal. Como también serán coautores el adulto y el menor no sometido a él, cuando el menor comprenda la naturaleza del hecho y sea capaz de decidir por sí, aunque a la vez esté excluido de pena por imperativo de la ley penal. Lo cual también significa, que el menor determinado a ser autor material o a que se comporte como coautor, no ha de obrar en virtud de coacción suficiente por parte del adulto, cuyo ejercicio le permitiría a éste dominar la conducta de aquél.

5. Lo que sucederá cuando en virtud de la coacción del sujeto de detrás, el de adelante actúe en estado de necesidad coactivo, sea justificante o inculpable. La diferencia de estos eventos, con los casos de los menores capaces y no subordinados, estriba en que, en los primeros, el autor material coaccionado actúa en virtud del dominio que sobre él ejerce el sujeto de detrás. Dominio que le falta al sujeto de detrás cuando actúa con menores de edad, capaces de comprender y decidir y no sujetos a coacción y, por tanto, con la posibilidad de ser no solo autores materiales, sino coautores materiales o en codominio del hecho con el adulto.

6. Aunque antes de atender los casos donde por coacción se domina la acción del sujeto de adelante, sea éste un menor de edad o un adulto, cabe mencionar que no está exenta de discusión la idea de que pueda ser autor material quien actúa en estado de necesidad coactivo de índole justificante, o por temor fundado inculpable infundido por el sujeto de detrás.

Así, Welzel sostuvo que no es autor quien realiza el hecho en virtud de coerción. La razón para ello –según Roxin– estriba en la idea de que quien ejecuta el hecho, dado un estado de necesidad coactivo, a su vez él está dominado por otro. Welzel creyó pues, poder fundar la autoría del sujeto de detrás, si se la negaba al de adelante: “...La autoría mediata por medio de un ejecutor directo que a su vez es autor es un absurdo”, rezó su premisa.<sup>221</sup>

Por su parte, Roxin discrepa de la solución de Welzel. En esencia, Roxin señala que aquella razón es incompatible con la tesis de que la autoría material dolosa es una forma típica de intervención, en la cual el autor ha de comportarse conforme a los elementos objetivos de un tipo penal.<sup>222</sup> Y en aquel caso, el coaccionado actúa dolosamente concretando los elementos objetivos de un tipo penal. Esto es, quien por coacción suficiente decide ejecutar la conducta de un tipo, debe considerársele autor, aunque actuando conforme a derecho o de manera inculpable según las circunstancias de la acción típica que se le fuerza a realizar.

Así, la coacción que ampare al sujeto de adelante porque aquella motive la justificación de su conducta o su inculpabilidad –actuar por estado de necesidad coactivo o temor fundado son causas de licitud o inculpabilidad–: no excluye la dolosidad ni, por ende, la tipicidad de la conducta del ejecutor como autor material. Es decir, actúa típicamente quien por coacción decide con conocimiento concretar la acción de un tipo objetivo penal, aunque en el caso concreto le favorezca un estado de necesidad justificante o inculpable, debido a la coerción, y por esto, el sujeto de detrás conserve el dominio del hecho.

7. Por otra parte, también se discute si puede ser autor mediato de homicidio aquel que fuerza a suicidarse a una persona imputable y adulta, que aprecia perfectamente la situación.

<sup>221</sup> Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, Madrid, 7ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 158.

<sup>222</sup> Roxin, Claus, op. cit., pp. 158 a 161.

Respecto a ello, cabe precisar que quien así actúa no siempre “se servirá de otro excluido de delito”. Ello dependerá de que la coacción no deje al coaccionado un margen razonable de elegir libremente. Como también es más evidente que la coacción a otro para que mate, no se ajusta a la de quien determina a otro a matarse (tipo penal de inducción al suicidio), en tanto que ello choca con las condiciones del tipo penal de homicidio y las del determinador en relación con ese delito. Pues el determinador de un homicidio determina a otro para que a su vez mate a otro; pero no para que se mate él. Además, porque si el sujeto ejerce coacción sin que dé al otro margen razonable de elegir, ya no lo determina, sino que “se sirve” del coaccionado dominando su voluntad.

A ello se objetaría: ¿acaso el sujeto de detrás que actúa coaccionando, no podría ser autor de inducción al suicidio del coaccionado en su perjuicio? ¿Y cómo es posible que el coaccionador actué como autor mediato del homicidio de quien, en virtud de la coacción de aquél, se mata a sí mismo?

Para la respuesta afirmativa a la primera pregunta se contestaría que en la ley penal existe la figura típica del suicidio inducido. Y que el tipo penal de inducción al suicidio no excluiría la posibilidad de que en la inducción haya coacción. Mas como ya se advirtió, es la coacción la que precisamente pugna con el tipo penal de inducción al suicidio. Porque “inducir” a otro al suicidio implica dejarle margen razonable de elegir, pero no cancelándose en virtud de la coacción para que se prive de la vida.

Mas por lo que atañe a la segunda interrogante, es importante advertir que del contraste del tipo de homicidio con el de inducción al suicidio resulta lo siguiente:

a) En tanto que la inducción al suicidio requiere de una decisión libre del suicida impulsado por la determinación del inductor. El tipo de homicidio presupone que no se cuenta con la decisión libre del pasivo para su muerte. Pues de contar con ella no se le mataría, sino que se le auxiliaría o induciría al suicidio. Por ello es posible concebir una auto-privación de la vida, dominada por la coacción de quien se sirve del pasivo para matarlo, donde éste no ejerce su voluntad libre para ello. El pasivo no se suicida, sino se mata por su decisión no libre motivada por la coacción que ejerce el autor mediato para tal fin.

La solución de la auto-privación de la vida coaccionada –y, por lo tanto, no libre– a través de un autor mediato, se impone debido a la estructura típica del homicidio: que presupone matar a otro sin su voluntad libre. Lo que da como consecuencia que sea el autor mediato quien mate a quien, sin voluntad libre, se priva de su vida coaccionado por aquél y, por tanto, sin margen razonable de elegir. Así, por el temor fundado que genera al coaccionado, el autor mediato conserva para sí el dominio de la voluntad de la acción material, sobre la cual su titular no tiene margen razonable de elegir libremente.

c) La ausencia de voluntad libre de la víctima, la presupone el tipo de homicidio: como se evidencia si se le contrasta con las figuras típicas de inducción y auxilio al suicidio. De lo que se sigue que la acción del coaccionado forzado a matarse –que nunca podrá ser acción típica de su propio homicidio– no impide la relevancia típica de la conducta homicida del mediato autor, en virtud del dominio que éste tiene sobre la voluntad del ejecutor, quién no decide libremente su muerte. El autor mediato del homicidio es, pues, el sujeto de detrás del coaccionado, al cual le hace presa de él para aquel fin.

De no ser así, además de que se pasarían por alto las consideraciones anteriores, no solo se daría pie a una grosera impunidad del sujeto de detrás como autor mediato en esos casos, sino de todos aquellos en los que fuera la misma víctima sin saberlo, quien realiza la conducta material que le lleva a su muerte, no obstante que el medio fue colocado dolosamente por el mediato autor: como sería cuando éste echa veneno incoloro, sin sabor ni olor, a la taza de café que luego toma la víctima ignorante.

8. Más aquí viene a cuentas la observación, de que aun cuando el autor mediato siempre aparecerá realizando su conducta sirviéndose de una persona excluida de delito, no siempre que se cometa un delito por medio de una persona excluida de delito habrá autoría mediata. Así sucede cuando al coaccionado se le obliga a favorecer un delito en su perjuicio, es decir que sí permite una ejecución atípica del coaccionado, junto a la autoría material y no mediata del coaccionador. Es el caso de cuando el coaccionador obliga al dueño a sacar dinero de su caja fuerte para que se lo entregue a aquél. Pues el coaccionado no realiza una acción típica de apoderamiento de su propio dinero, pero sí la ejecutará el coaccionador al tomar del coaccionado el numerario ajeno.

9. En suma, la coacción fundamenta la autoría mediata cuando el sujeto de detrás se sirva del sujeto de adelante aun cuando éste actúe al amparo de una causa de licitud o de inculpabilidad en virtud de aquella coacción. Esto es, cuando de acuerdo con tales pautas legales, pueda asumirse que el sujeto de detrás dominó la voluntad del sujeto de adelante (“sirviéndose de él”), porque éste careció de margen razonable para elegir de manera libre, en virtud de un estado de necesidad coactivo en tal sentido, ya sea que tal causa excluya al injusto o motive la inculpabilidad, según la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

## E. LAS COAUTORÍAS

Ya se vio que el autor material es quien realiza por sí –bien sea materialmente o a través de medios físicos– la conducta del tipo penal.

Y que será autor mediato: 1) Quien se sirve de una persona incapaz de comprender la naturaleza del hecho que se le hace realizar. 2) Quien genera o se aprovecha del error de otro para que éste concrete los elementos objetivos de un tipo penal. 3) Quien coacciona a otro a realizar un hecho típico, sin dejarle margen racional de elegir libremente. Ahora restan las “coautorías”.

### I. La coautoría material

Hay coautoría material cuando varias personas realicen “conjuntamente” la conducta que describe o implica el tipo. Por ejemplo, cuando entre dos o más personas se apoderan del mueble objeto del robo, cargándolo a la vez; o entre ellas hacen ingresar electrónicamente el dinero ajeno a una o más cuentas de aquéllas; o entre ellas activan el mecanismo explosivo que después detona hiriendo a otra. Hasta aquí y entendido de aquella manera el carácter de la coautoría por realizar “conjuntamente” el delito, ningún problema parece plantear su estudio, en tanto que aquella expresión es adverbio de “juntamente”, que significa obrar “unánimemente”, “convenir en una misma voluntad”.

Tampoco es dudoso como caso de “coautoría material”, cuando varios sujetos, de manera conjunta y mediante violencia, imponen de manera simultánea cópulas a una persona sin su consentimiento. Pues, aunque se sostiene que aquéllos serían “autores”, pero no “coautores”, porque cada uno realizó por sí la acción típica, aunque la efectuaran de manera simultánea; en realidad eso solo sería así, si los sujetos hubieran actuado cada uno por su cuenta y no “conjuntamente”.

### II. La “coautoría material” por dos o más personas que realizan conjuntamente acciones complementarias entre sí

La “coautoría material” también es posible cuando dos o más personas realicen conjuntamente acciones complementarias entre sí, referidas en el tipo penal de que se trate y/o en sus modalidades, como sucede en un robo con violencia, donde uno emplea la violencia contra la víctima y el otro se apodera de la cartera de ella, misma que convencionalmente puede ser llamada “coautoría complementaria” como modalidad de coautoría conjunta.

¿Más será solo en los supuestos señalados, cuando pueda estimarse que hay coautoría conjunta? No, porque saltan a la vista otras dos hipótesis parecidas, pero donde solo en una hay coautoría conjunta

### III. La coautoría indeterminada por acuerdo o adherencia

En efecto, en el artículo 33-A-IV de la Iniciativa, se regula la coautoría indeterminada por acuerdo o adherencia, “cuando por acuerdo previo o por adherencia entre sí, dos o más sujetos realicen dolosamente actos adecuados para producir el resultado, y se ignore la causación de cada cual”. El punto clave de ese supuesto reside en el “pacto previo” entre los que intervienen en la ejecución del delito, cuya causación específica se ignora, misma que funciona como motivo generador indispensable para que el delito lo realicen precisamente de esa forma, frente a quienes, conforme al artículo 35 del proyecto, intervengan “sin acuerdo previo” realizando acciones adecuadas para producir el resultado, cuya causación específica también se ignora, pero no porque la hayan previamente acordado para ese efecto. De ahí que solo estos merezcan una atenuación punible del delito cometido.

#### 1. La coautoría por codominio del hecho

1) Se adelanta por lo pronto un aporte fundamental de Roxin.<sup>223</sup> Cuando no se trate de coautores materiales o complementarios, ni de coautoría conjunta en la ejecución (sea o no con incertidumbre de causación específica), sólo podrá existir coautoría cuando los concursantes actúen preordenadamente y de tal modo, que el aporte de cada cual sea a tal punto esencial durante la ejecución, que sin él no se consumaría el delito.

En el acuerdo previo o preparación de un delito cometido, podrá hablarse de que todos fueron coautores en el sentido de que codominaron el hecho, si es que el hecho mismo sólo podía realizarse con el aporte que en virtud del acuerdo o preparación cada cual dio durante la fase ejecutiva del delito y sin el cual ésta se habría venido abajo.

#### 2) De lo dicho se sigue lo siguiente:

a) En la coautoría por codominio los sujetos dominan en codependencia el hecho, mientras que en la determinación y la complicidad los partícipes no dominan el hecho, sino que sostienen una posición periférica, desde la cual contribuyen a realizarlo.

b) Roxin llama coautoría en codominio funcional a la coautoría en codominio. Y estima “... sólo puede ser coautor aquél cuya aportación a la fase ejecutiva sea requisito indispensable para la realización del resultado pretendido entre todos. Esto es, aquel cuyo comportamiento funcional durante la ejecución ésta se sostiene, pero sin el cual se viene abajo lo emprendido”.<sup>224</sup>

Al respecto una tesis que sostiene el criterio apuntado:

<sup>223</sup> Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pp. 309 y ss.

<sup>224</sup> Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pp. 310 y 311.

“COAUTORÍA. ARTÍCULO 13, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La coautoría a que se contrae la fracción III del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, se surte cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; por ende, una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan, en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida como codominio funcional del hecho; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo. En ese sentido, si el sujeto activo no desapoderó materialmente al ofendido de sus pertenencias, pero su actuar se constrictó en llevarlo hasta el lugar donde se localizaban los sujetos que le quitaron sus pertenencias, es evidente la existencia de un plan común acordado entre esas personas para la realización del robo; por tanto, resulta incontrovertible que la aportación del acusado fue esencial y adecuada para la comisión del delito a título de coautor, en términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal”.<sup>225</sup>

5) La clave de cuándo el concierto, la preparación o la intervención conjunta son insuficientes para una coautoría por codominio del hecho, estriba en que en ésta última el aporte de cada cual ha de ser indispensable para que pueda mantenerse la ejecución y consumarse el delito. Lo cual se determina mediante un juicio ex-ante del caso concreto, de tal suerte que sólo habrá coautoría por codominio si al suprimir el aporte de que se trate, no hubiera podido mantenerse o consumarse el delito.

El punto apuntado es crucial para configurar la coautoría por codominio del hecho: ya que el aporte de cada cual debe codominar al de los demás. Sin que para ello baste la distribución o división de tareas entre los que intervienen en el delito que se cometa de manera preordenada –ya sea expresa o tácita–. En tanto que dicho criterio no hace ninguna distinción entre coautores y demás partícipes en el hecho, según unos y otros lo hayan dominado o no, y porque a fin de cuentas toda coparticipación apareja una división de la obra común para cometer el delito.

6) Ello también es válido cuando se haya preparado un plan de repartición de tareas. Pues todas las formas de coparticipación suponen una división de faenas entre el determinador, los autores y quienes brinden ayuda o auxilio. Por ello, para evitar punir a determinadores o cómplices como autores, o para que no se aplique inexactamente la norma penal de complicidad a casos que sean de coautoría porque realmente hubo codominio del hecho, o viceversa, se impone aquel requisito cardinal para la coautoría por codominio: consistente en que el aporte –concertado o preparado– de cada cual, haya sido a tal punto esencial durante la ejecución, que sin aquél la ejecución delictiva hubiera fracasado.

7) De aquí que sean preocupantes los criterios que se desentienden de aquel requisito decisivo de la coautoría por codominio del hecho, haciéndola depender del mero acuerdo o plan común y/o de la simple división de funciones entre los partícipes.

Esos criterios favorecen sancionar como autores a personas que –aun en la ejecución planeada de un delito– su aporte no haya sido esencial para poder mantener la ejecución delictiva, en el sentido de que sin aquél hubiera sido imposible consumar el delito. Esto es, donde pueda decirse que cada aporte codominó al de los demás en la comisión del delito. Así, omite ese factor cardinal de la coautoría en codominio del hecho y, además, lo equivoca con otros que no necesariamente conllevan a que el aporte de cada cual codomine al de los demás, la tesis siguiente:

**CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).** La coautoría, conforme a la fracción III del artículo 18 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención. En la coautoría es necesario, además del acuerdo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón del acontecer delictivo. Como el autor, el coautor realiza la actividad delictiva descrita en un concreto tipo penal conjuntamente con otro u otros. En rigor técnico el coautor es un autor y, por ello, la coautoría es una autoría que se singulariza por el dominio que sobre el hecho ejercen en común todos los autores, quienes intervienen de acuerdo en la ejecución del delito; ello implica que el coautor es quien está en posesión de las condiciones personales del autor y ha participado de la decisión común respecto del hecho delictivo. Entonces, en el todo que constituye el hecho típico, el coautor con su actuación contribuye con una parte que complementa la de los demás copartícipes o autores y ello precisamente justifica el que responda del delito en su integridad. El dominio del hecho, en la parte que corresponde a cada coautor, se origina en la decisión común de todos

<sup>225</sup> Tesis I.8o.P.2 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 1263.



para ejecutar el delito. Mediante esa decisión conjunta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, de tal manera que cada aporte contribuye con otro mediante tareas acordadas en la decisión conjunta”.<sup>226</sup>

7) La participación en el delito, con aportes codependientes de tal modo que sólo así sea posible mantener la ejecución y consumir el delito, es una función de importancia capital para que aquél pueda cometerse en coautoría por codominio. De tal guisa que si por lo complejo de asaltar un banco se diseña un plan con base en el cual se participa en la ejecución y donde el delito no pueda cometerse sin la intervención del ideador del plan durante la ejecución, que dirija a los autores materiales respecto a cómo han de abrir la caja fuerte, mientras otros tengan que cuidar a guardias, sin cuya vigilancia la ejecución también se abatiría, ya deviene irrelevante que en tal ejecución uno dirija lo planeado, otros vigilen y otros más abran la caja y se apoderen del dinero.

Como también es intrascendente si para matar a alguien envuelto en protección especial, un operador dirige desde un radio a los demás que ayudan a matar y a los que matan, si es que no es posible matar al sujeto sin el aporte de quien los dirige para la ejecución y de los que los ayudan a matar. En tales casos ninguno de los sujetos está libre de poder sostener por su cuenta la ejecución, sino que para ello todos codependen del aporte –previamente acordado– que da cada cual. Por ello, serán coautores tan quienes realizaron por sí la conducta de la figura típica, como los que dieron otro aporte esencial, sin el cual la ejecución delictiva se habría venido abajo. Porque sólo de ese modo, todos aquellos habrán codominado el hecho.

8) Sin que se pierda de vista que la “preparación” del delito no basta para aquel efecto, salvo que quien lo preparó, participe de tal modo en la ejecución, que sin su aporte aquella se habría caído. Porque ya de por sí no es posible dominar el hecho cuando ni siquiera se está allí o cuando no se le dirige de tal modo que, sin esa regencia, la ejecución no se hubiera mantenido. Como también es claro que quienes vigilan para avisar si se aproxima la policía, no codominan el hecho, sino que sólo auxilian al autor que sí lo domina, en cuanto está en sus manos realizarlo. Situación distinta es la de quien apunta con un revolver a varios guardias y dependientes del banco, mientras otro abre la caja fuerte: pues tal robo no podría mantenerse sin el aporte del primero, quien así codomina junto con el autor material la comisión del latrocinio.

9) También es evidente que si alguien se adhiere para ayudar cuando el delito ya se ejecuta en codominio, admitiéndose el auxilio para hacer más cómodo llegar a la consumación, faltará respecto del incorporado el vínculo de necesidad de su aporte para que codomine el hecho junto con los demás. Es decir, en esos casos la ayuda del adherente resulta inesencial para codominar la ejecución del delito y, por tanto, deviene accesoria a las conductas de quienes como coautores ya codominen el hecho. A tal grado que el delito ya se ejecuta cuando apenas se da la adherencia sin que esta sea necesaria para consumarlo.

10) Por ello devienen violatorios de la garantía de exacta aplicación de la ley penal del artículo 14 C., los criterios judiciales que omiten atender las distinciones materiales-valorativas que se derivan de la misma ley como indispensables para evitar, mediante una exégesis coherente de sus normas, los absurdos que a que pueda llevar el mero tenor literal de alguna de sus fracciones, sin atender a las demás –y según el dominio del hecho que han de tener los autores–. Y estimen sin más como autor por realización conjunta, a la persona que brindó auxilio durante la ejecución de un delito o se sumó a ésta cuando ya se inició sin que codominara el hecho con alguien más.

La coautoría supone el codominio del hecho o la concreción conjunta de los elementos esenciales del tipo para la punibilidad de dicho hecho, donde el aporte de cada sentenciado haya sido a tal punto esencial en la ejecución delictiva o a efectos de la concreción de los elementos del tipo esenciales para la punibilidad del hecho, que sin dicho aporte ella fracasaría o los elementos del tipo penal de que se trate no se hubieran concretado. Sólo entonces podrá hablarse de coautoría.

11) Por ello no será coautor, quien se adhiera durante la ejecución y solo ayude a los ejecutores, pero sin que realice la acción de la figura típica, ni su aporte devenga esencial para poder consumir la ejecución que de otra manera ya no se habría completado. Toda vez que le faltará la condición de que la ejecución del delito sólo se haya podido mantener porque el sujeto se adhiera a su comisión para poder codominar el hecho delictivo y que sin la adhesión ya no podía haberse consumado.

En suma, el adherente que se suma después de que se inicia la ejecución sólo podrá ser coautor por realizar conjuntamente el delito, si es que él también realiza la acción de la figura típica o aporta una condición sin la cual el delito ya no podría haberse consumado, o bien cuando aquél haya concretado alguno de los demás elementos típicos esenciales para la punibilidad del hecho de que se trate.

12) De esa manera, no habrá coautoría cuando el sujeto se suma a la violación cuya ejecución ya se inició y se limita a cuidar de dar aviso en caso de que se acerque un tercero, reforzando así la acción del autor o coautores. Más sí la habrá, cuando el adherente emplee la violencia contra la víctima –sujetándola por la fuerza para lograr la cópula que sin ese aporte no ya no se habría consumado–.

Como también la habrá, cuando por acuerdo previo o adherencia, alguien ayuda o auxilia para imponer la cópula, cuando sin ese apoyo la ejecución se vendría abajo. Así sucede cuando por la resistencia de la víctima y lo endeble del agresor, esté advierte que sólo podrá imponerle la cópula si se suma otro para sujetarla. Como igual quien se suma a la agresión sujetando a la víctima,

<sup>226</sup> Tesis: XII.5o.2 P, Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1341.

mientras otro la intenta violar, si es que éste ya no podía consumir el delito si no es porque el adherente con su fuerza logró hacer posible la consumación.

Es luego por ese codominio del hecho delictivo entre todos, cuya consumación de otra manera no se daría, por el que deba estimárseles coautores a quienes no copulan, porque en esos casos, la cópula ya no podía darse sin el concurso de quien auxilia a vencer a la víctima que el otro ya no podía doblegar.

13) Más no será coautor quien realice actos “preparatorios” e inesenciales para que otros puedan por sí mismos ejecutar el delito.

Así, no puede estimarse como coautor: a) A quien elabore un plan, si es que este no se toma en cuenta para cometer el delito. b) De igual modo, no podrá apreciársele con dicha calidad: si los demás modificaron el plan de tal modo, que pierda su sentido de ser una aportación sin la cual el delito no se habría cometido. c) Pero tampoco tendrá la calidad de coautor el ideador del plan que sí se ejecuta, pero donde aquél no participa durante la ejecución del delito, dejando así en libertad a los ejecutores de ajustarse a la coejecución material de la conducta típica (coautoría material), 3. La realización complementaria de los elementos del tipo (coautoría complementaria), 4. El dominio de la voluntad (autoría mediata), 5. Las acciones conjuntas adecuadas al resultado con incertidumbre del autor, y, 6. La coautoría por codominio del hecho, son pues las formas jurídicamente aceptables de autorías que se proponen en el proyecto que se somete a su consideración.

## SECCIÓN TERCERA

### LOS PARTÍCIPIES

#### A. DETERMINACIÓN Y COMPLICIDAD

1) La determinación y complicidad se engloban bajo el nombre de participación. Y en la ley penal a los determinadores y cómplices se les llama indistintamente “participes”. Empero, debe estarse consciente del carácter ambivalente del último término. Porque también se emplea la voz “participación” para aludir a otras formas de intervenir en el delito. Y en realidad no podría negarse que, así como los determinadores y cómplices participan con los autores, también los coautores participan entre sí.

2) En tal contexto, si el artículo 35-B-I de la Iniciativa dispone que una persona será determinadora “cuando dolosamente haga que una o más personas cometan un delito concreto”, y dado que el significado de “determinar” es “hacer tomar una resolución”, luego, la “determinación” consiste en dolosamente hacer que otra u otras personas resuelvan cometer un delito concreto. Por lo que conforme al Proyecto no es posible la punición de quién determine a otro para que intervenga como cómplice en la comisión del delito.

En el Proyecto también se dispone que será responsable como persona determinadora, quien de hecho tenga una posición de mando o ascendencia sobre una o más personas y ordene o envíe a una o más de ellas a que cometan el delito que se concreta, o bien, cuando aquélla envíe a una o más personas para que, a su vez, manden cometer el delito a una o más terceras personas.

Igualmente, en el Proyecto se establece que existirá determinación, cuando el agente dé o prometa retribución o un beneficio a una o más personas, para que manden a una o más terceras personas a cometer el delito que se concreta.

3) Por otra parte, el proyecto se hace consistir la complicidad en que “dolosamente se preste ayuda o auxilie a otro (autor) para que cometa el delito”. Lo cual de acuerdo con el significado de “ayudar” o “auxiliar”, apareja que el cómplice brinde “apoyo, socorro, asistencia o refuerzo”<sup>227</sup> precisamente para que otro –como autor– cometa el delito.

#### B. REQUISITOS COMUNES DE LA DETERMINACIÓN Y COMPLICIDAD

La determinación y la complicidad tienen los requisitos comunes siguientes:

##### 1. El carácter accesorio de la determinación y de la complicidad

1) Es cierto que cada cual debe responder por lo que hace y no por lo que otros hacen. Más igual lo es que los determinadores y cómplices sólo pueden responder de su “determinación” a otro, o de su “auxilio” a otro, en la medida que el delito propuesto se concrete por un autor al menos como tentativa punible. Si el delito no se concreta siquiera en grado de tentativa, faltará la base típica del injusto, para responsabilizar a los determinadores y cómplices por sus propias conductas.

De no ser así: a) Se estimaría a las formas de participación como tipos autónomos: cuando en realidad su índole es subordinada, ampliando la base de la figura típica a la que se conectan, y sin cuya concreción por un autor, aquéllas carecerán de relevancia típica-penal. b) Además, se perdería la unidad del hecho al cual concurren los partícipes. Siendo que no hay tantas tipicidades

<sup>227</sup> Real Academia Española, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España; <http://www.rae.es/>

independientes como partícipes y autores haya: sino solo un delito cometido por uno o más autores en el que otros participan típicamente con su propia responsabilidad. c) Por último, sería un desatino estimar, por ejemplo, que se concretarían los delitos de determinación o de complicidad al homicidio, cuando en la ley no se contemplan como tales.

2) De todo ello se sigue que toda forma típica de intervención distinta a las de autores, exige para su relevancia penal que uno o más autores cometan el delito propuesto, aunque sea como tentativa punible. Pues sólo así puede luego conectarse la concreción del tipo penal a los partícipes que no efectuaron la conducta de autor, pero que sí contribuyeron con dolo a la concreción del tipo. De ello se deriva la índole accesoria de la determinación y la complicidad ante la autoría.

Ello lleva a que sea inadmisibles una “tentativa de coparticipación”, debido al carácter subordinado de la determinación o complicidad a la concreción del tipo penal por uno o más autores, al menos como tentativa punible. Lo posible es participar en un delito que quede en grado de tentativa. Esto es, que se determine a otro a cometer uno u delito cuya ejecución inicie, o que se brinde ayuda a los autores que lo ejecuten, pero cuyo resultado deja de darse por causas ajenas a la voluntad del agente.

Los artículos 22-párrafo-penúltimo del CPDF y 31-I del CPC resuelven así el tema. El primero dispone: “Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como los que determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer”. Mientras el segundo establece: “Sólo se podrá sancionar a los partícipes si el tipo penal se concretó por uno o más autores o coautores, al menos como tentativa punible o equiparada a ella. La tentativa de coparticipación no es punible”.

3) En el mismo orden de ideas, para que haya determinación o bien complicidad previa, simultánea o subsecuente, es indispensable que ocurra convergencia dolosa entre los partícipes y los autores respecto al delito propuesto. Estas condiciones se concretan cuando el determinado resuelve cometer el delito propuesto por el determinador, y en el acuerdo o adherencia entre los cómplices y el autor “para” realizar el delito, siempre y cuando se lleve a cabo el delito propuesto.

4) Sin embargo, la determinación, el auxilio o ayuda estarán ayunas de relevancia penal antes de que se inicie el delito proyectado, dado de que aquéllas carecen de autonomía y su relieve típico penal depende de que el autor concrete el delito. Ello es importante, pues se ha pretendido punirlas porque el delito propuesto se descubre antes de que se ejecute, a pesar de que la determinación y la complicidad son penalmente intrascendentes cuando el autor no haya al menos iniciado la ejecución del delito planteado. Al respecto ilustra el criterio siguiente:

TENTATIVA INEXISTENTE. ACTOS PREPARATORIOS, AUTOR INTELECTUAL DE LOS. El autor intelectual responde por cualquiera de las fases de la ejecución del delito, precisamente por la autoría intelectual, pero si en el caso el delito que dispuso se cometiera (homicidio) ni siquiera se intentó cometer, por haberse deshecho “el trato” entre los coindiciados, no llegando entonces a la primera etapa de ejecución que constituye la tentativa, consistente en la realización directa, inmediata e inequívoca de la realización del delito que conforma la base típica de cada ilícito, pues aun cuando el agente intelectual haya planeado el hecho criminoso de que se trata y proporcionado todos los datos indispensables, así como el dinero para la compra del instrumento del delito, para su comisión, ello no constituye actos de ejecución sino actos preparatorios de naturaleza impune, quedando entonces fuera de la hipótesis normativa que prevé la tentativa; por ende, si no se actualiza la tentativa del injusto por parte del autor material, menos aún por lo que hace al agente intelectual.<sup>228</sup>

En suma, es posible la participación en un delito en grado de tentativa. Mas la tentativa de participación es un absurdo. Como igual lo es estimar a la determinación o complicidad con autonomía típica, en tanto siempre dependerán de que un autor concrete un tipo penal –al menos en grado de tentativa punible–, al cual confluyan las voluntades de los intervinientes.

## 2. La confluencia de voluntades y la concreción de la respectiva forma legal de intervención

1) Las otras dos condiciones comunes a la determinación y complicidad son 1º) la confluencia de la “resolución delictiva” en los partícipes, y, 2º) la concreción de la forma legal de intervención. En efecto, la convergencia dolosa de voluntades para cometer un hecho delictuoso determinado es siempre indispensable para que exista determinación o complicidad. Pues si éstas formas de intervención presuponen pluralidad de personas que confluye mediante conductas dolosas para realizar un delito. Dicha plural concurrencia no es meramente objetiva, sino, además, subjetiva, en el sentido de que cada uno de los concursantes –a través de su conducta– conscientemente aporta una contribución para que el autor realice el delito propuesto.

La confluencia de voluntades debe ser para cometer un delito determinado. De aquí que sean inadmisibles la determinación y la complicidad respecto a delitos en abstracto. Es decir, para cometer delitos indeterminados. Sin perjuicio de que el acuerdo criminal pueda constituir un delito de asociación delictuosa o de conspiración criminal si concreta los elementos típicos de esos delitos, pero

<sup>228</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (antes Tercer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito), S. J. F., Parte X-octubre, p. 46.

en esos supuestos ya se está ante una autoría plural necesaria que demandan las tipas penales de aquellos delitos, esto es, según las exigencias de plurisubjetividad de los tipos penales de asociación delictuosa y de conspiración criminal.

2) La determinación, ayuda o auxilio, también deben fungir como condicionantes relativas en la comisión del delito. Es decir, la conducta del determinador y la del cómplice sólo tendrán relevancia cuando el hecho se haya cometido en virtud de la determinación, o cuando la forma concreta de auxiliar o ayudar se haya aceptado expresa o tácitamente por el autor, sirviéndole de apoyo o refuerzo para cometer el delito.

Lo cual no quita que sea incorrecto solucionar los problemas de coparticipación con base en la teoría de la equivalencia de las condiciones. A menos de entrar en la ficción de que el aporte será causa del delito, porque éste sin aquél no se hubiera cometido en la forma que se dio. Afirmación que no distingue las formas de intervención, ni plantea nada nuevo que sin ella no pueda resolverse.

Es cierto que la determinación sí tiene aquel carácter, pero no sucede siempre así con la ayuda o auxilio que se brinda por los cómplices. Así, es claro que en ciertos casos la ayuda puede ser esencial para cometer el delito, mientras que en otros aquella puede ser periférica, o bien solo sea coyuntural y aparente y, por ende, sin relieve típico.

De tal guisa que cuando el auxilio o ayuda fungan como una condición sin la cual, aun con las aportaciones restantes el delito no podría haberse consumado, ese auxilio o ayuda ya caen en coautoría por codominio y serán ajenas a la complicidad. Y en otras, lo que aparecería como condición de un tercero que sirvió para cometer el delito, en realidad se revela como circunstancial, sin que realmente haya significado apoyo o refuerzo, sino mera solidarización con el delito cometido.

### C. LA DETERMINACIÓN

1. Desde la perspectiva del determinador, la expresión “determine” significa “hacer tomar una resolución”, según el Diccionario de la Lengua.<sup>229</sup> Y, por tanto, determinar a otro a cometer un delito conlleva un dolo directo del determinador que hace que otro resuelva cometer el delito que aquél propone, o que este otro a su vez haga que otro resuelva cometerlo. También será responsable como persona determinadora, quien de hecho tenga una posición de mando o ascendencia sobre una o más personas y ordene o envíe a una o más de ellas a que cometan el delito que se concreta, o bien, cuando aquélla envíe a una o más personas para que, a su vez, manden cometer el delito a una o más terceras personas.

Igualmente existirá determinación, cuando el agente dé o prometa retribución o un beneficio a una o más personas, para que manden a una o más terceras personas a cometer el delito que se concreta. Y por último la determinación a veces puede consistir en instigar a otro para que resuelva cometer el delito, siempre que tal apremio le deje al inducido margen razonable de elegir libremente. Pues si quien constriñe no le deja margen razonable de elegir al coaccionado, éste actuará excluido de delito y aquél será autor mediato, pero no determinador.

2. Desde el enfoque del determinado, éste debe ejecutar el delito como autor, en virtud de la determinación de que fue objeto para que cometiera el delito propuesto. Conforme al Proyecto la determinación debe tener como destinatario –inmediato o mediato– al autor y no para que otros ayuden o auxilien a la comisión del delito.

3. Tampoco debe perderse de vista que el dolo del determinador debe ser coincidente con el del autor. Asimismo, hay una diferencia fundamental en los momentos en los que puede actuarse como determinador (que con frecuencia es llamado impropriamente autor intelectual) y como cómplice. Pues mientras que el determinador sólo puede proceder como tal antes de que se inicie la ejecución; el cómplice puede intervenir con tal carácter, tan antes de que se inicie la ejecución, como durante la ejecución misma. E incluso después de ella, como se verá adelante respecto a la complicidad subsecuente.

4. En el primer caso, el cómplice puede actuar antes de la ejecución del delito o durante la misma, por acuerdo previo a ésta. O bien porque se adhiera durante ella, mas sólo si la adherencia con la que brinde auxilio o ayuda, en el caso concreto le sirva realmente de refuerzo a los autores que estos aceptan y lo toman para seguir ejecutando el delito. De aquí que se aparte de las pautas legales, de la lógica y del sentido natural de las cosas, el criterio de la siguiente tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito:

**ACUERDO PREVIO. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA QUE SE ACTUALICE LA COPARTICIPACIÓN DELICTIVA.** La participación delictiva, por autoría intelectual o determinación dolosa a delinquir, no necesariamente requiere de la existencia de un acuerdo anterior a la comisión del ilícito, ni siquiera que sea expreso, pues tal concierto puede ser concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes, o bien, a través de una autoría por instigación o determinación dolosa a la comisión del delito, dado que el nexos psíquico causal entre el inductor con el autor material del antisocial se traduce, en una instigación o determinación que con plena conciencia de su acción, mueve el ánimo del ejecutante para concretar el resultado típico y reprochable, que es lo que se requiere para punir el hecho.

<sup>229</sup> Real Academia Española, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España; <http://www.rae.es/>

Consecuentemente no constituye condición sine qua non el acuerdo previo entre el inductor y el autor material del delito para que pueda actualizarse la coparticipación delictiva.<sup>230</sup>

Simplemente habrá que preguntar: ¿Cómo sería posible determinar a quien ya resolvió e inició la ejecución del delito del cual no ha desistido? Determinar a otro consiste en “hacer tomar una resolución al autor” en virtud de la cual cometa el delito propuesto. Y no debe confundírsele con la autoría, ni con la complicidad por auxilio o ayuda que se da por adherencia. Además, la determinación siempre implica una confluencia de voluntades en el sentido de “hacer tomar una resolución” delictiva a otro, quien por tanto acepta la determinación propuesta resolviendo el delito cuya ejecución lleva a cabo.

Asimismo, conlleva una aplicación inexacta de la ley penal estimar que habría determinación a delinquir durante la ejecución de un delito, del cual no se ha desistido quien decidió concretarlo. Pues tal consideración desatiende el significado literal de las formas de intervención que arbitra la ley penal, en tanto que si la determinación consiste en hacer que otro resuelva cometer el delito cuya ejecución inicia con el mismo contenido de voluntad del determinador, luego, no puede concebirse la determinación para que un sujeto complete la ejecución del delito que él mismo ya resolvió y no ha desistido de consumar.

3. Si durante la ejecución del delito alguien anima al autor a seguir adelante, a menos que éste ya hubiera desistido de consumar tal delito, el aliento, aunque del todo reprochable, es irrelevante como forma típica de determinación, simplemente porque no puede determinarse a otro a iniciar un delito que él ya comete, ni siquiera para que lo consume, si aquél ya lo resolvió y no ha desistido de su conducta. Lo que sí es posible que, una vez iniciada la ejecución del delito, el autor hubiera desistido de consumarlo, pero debido a la determinación nueva de otro, aquél reinicie la ejecución delictiva.

La determinación debe expresarse en un contexto que permita concluir con certeza que el determinador quiso que el determinado resolviera cometer el delito propuesto. Y aunque es posible que el determinador no refiera con palabras llanas el delito que propone, sino que emplee expresiones coloquiales, tales como “dale una chinga...”, la cual en el lenguaje popular mexicano bien puede involucrar “dale muerte”, lo cierto es que, por los múltiples significados del término, el mismo debe ser expresado en una situación que según las circunstancias concurrentes, permita concluir sin duda razonable que el sentenciado propuso el delito que – en virtud de su determinación– resultó cometido.

#### D. LA COMPLICIDAD

1. La complicidad consiste en que dolosamente se preste auxilio o ayuda al autor para que cometa el delito. El auxilio o la ayuda, según su significado, deben traducirse en “apoyo, socorro, asistencia o refuerzo” al autor para que cometa el delito. Mismos que pueden ser previos a la ejecución, precisamente para que ésta se realice, o pueden darse durante la ejecución, favoreciéndola, pero no dominándola. Porque si la ayuda se da para sólo poder cometer el delito con aquel aporte, ya se está ante una coautoría por codominio funcional del hecho y no ante una complicidad.

2. Las formas de cómplice y autor no pueden coexistir en una sola persona, ni respecto a la misma conducta: ya que quien presta auxilio al autor para que cometa el delito, no puede a la vez ejecutarlo. Y aunque es posible que el autor dé a otro los medios con los que le ayudará a cometer el delito, en tal caso la autoría absorberá a la forma anterior –de por sí irrelevante–, realizada por la misma persona. También la determinación es incompatible con la autoría que la absorba. En efecto, el principio de consunción puede operar entre las formas de las intervenciones. Lo cual se explica dado el carácter accesorio que tienen las conductas de los determinadores y cómplices frente a las de los autores.

Otro supuesto es el de la complicidad subsecuente, por la cual, para que el delito se cometa se promete u ofrece ayudar después su comisión.

3. En síntesis, para que se concrete la complicidad será necesario que se cumplan las condiciones siguientes:

La primera. Que el auxilio se resuelva en la concreción de un delito al menos en grado de tentativa punible: donde uno o varios cometan el delito como autores. Pues sólo así podrá luego conectarse la concreción del tipo penal a los partícipes que no realizaron la conducta de autor, pero que sí contribuyeron dolosamente a su realización mediante su auxilio o ayuda. De ello se deriva el carácter accesorio y periférico de la determinación y complicidad frente a la conducta de los autores.

La segunda. Que dolosamente se brinde auxilio o ayuda al autor para que cometa el delito, donde los autores aceptan y toman el apoyo o refuerzo para aquel efecto. Lo cual es válido tratándose de las llamadas acciones neutrales, en la medida que dejan de ser inocentes porque quien la realice haya sabido que con su acción ayudaba o auxiliaba al autor para que cometiera el delito. Ello implica examinar en cada caso, en qué consistió la ayuda o auxilio y si los actos realmente respaldaron la ejecución de la conducta típica principal.

4. Por lo pronto, será penalmente irrelevante el auxilio o la ayuda que se brinden, pero que no se resuelvan en la ejecución del delito propuesto. Así, si alguien a cambio de un pago confecciona un plan para que se cometa un delito, pero luego el delito se

<sup>230</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, S. J. F., Parte: XI-mayo, p: 281.

realiza conforme a un plan esencialmente diverso. Lo mismo sucede si el sicario prepara una bomba por encargo para que con ella se mate a alguien, más luego se le mata con un puñal y de antemano se desecha aquel medio. Esto es, en el sentido de que antes del inicio de ejecución se desechó el explosivo que se proporcionó para matar.

Más ¿qué sucede cuando el autor activa una bomba proporcionada por el cómplice para matar a una persona, y solo después de ello, cuando aquélla ya está cerca, algún incidente hace que el autor mate a la víctima de un disparo momentos antes de que detone la bomba? ¿Cabrán sostener todavía la relevancia de la conducta del cómplice?

Cierto, al cómplice no cabrá imputarle la muerte de la víctima, dado que el medio que aquél proporcionó no se resolvió en la muerte de aquélla. Aunque esa solución no zanja todo el problema, porque también puede imputarse al cómplice un homicidio en grado de tentativa. Ya que, si el cómplice proporcionó la bomba y ésta fue activada por el autor, la cual estaba por detonar cuando la víctima se encontraba cerca, y el resultado no se produjo por causa ajena a la voluntad del cómplice, en tanto el autor adelantó por su cuenta la muerte de la víctima.

Diferente será el escenario si la bomba falla, pero el pasivo aún está muy lejos del lugar, o mediando esta última circunstancia el autor desactiva la bomba y decide esperar al pasivo disparándole cuando llega. En tales casos no habrá tentativa para el cómplice que proporcionó la bomba, pues el explosivo fallido o desactivado no puso en peligro a la víctima. Además, en el segundo supuesto se está ante una nueva acción iniciada por el autor, que quedó fuera del dolo de quien preparó el medio inicial y no brindó ninguna ayuda para la nueva ejecución.

7. Por otra parte, está la exigencia de que la ayuda o auxilio se hayan dirigido y resuelto en el delito cometido. Lo cual debe evidenciarse por actos en los que ex-ante se advierta su orientación a la realización del delito o en defecto de tal dirección objetiva, en virtud de los llamados conocimientos especiales del cómplice en aquel sentido al realizar su acción; todo lo cual se sustenta en la necesidad de evitar sancionar muchas conductas neutrales, jurídicamente no prohibidas, a menos que el sujeto que facilita la comisión del delito conozca que con su conducta ayudará o auxiliará al autor a cometer un delito.

8. El cómplice debe auxiliar o ayudar “para” la ejecución del hecho típico que realiza el autor apoyado en la ayuda. El dolo del cómplice en tal sentido es en gran parte coincidente pero no exactamente igual al dolo del autor, porque a diferencia de éste, el cómplice también ha de tener el conocimiento y voluntad de auxiliar o ayudar para la ejecución del delito, el que debe existir en el momento que brinda la ayuda o auxilio para tal fin. Para tal efecto, el acuerdo puede ser expreso o tácito para la ejecución del delito.

La complicidad se configura si –y sólo si– además de la forma específica externa de la conducta de ayuda o auxilio que se brinde, el partícipe lo presta “para” que se cometa el delito, y la ayuda o auxilio realmente cumplan esa función.

Sin que se pierda de vista que la voluntad dolosa de confluír a la comisión del delito (a falta de confesión u otra prueba directa), debe evidenciarse a través de los mismos actos concretos de ayuda o auxilio que pongan de manifiesto la confluencia de voluntad dolosa del cómplice de ayudar a la comisión del delito y la aceptación de la ayuda por el sujeto que la recibe. Así como también debe probarse que los actos concretos hayan tenido materialmente la función de ayudar o auxiliar para que se cometiera el delito, o bien para reforzar su ejecución a los mismos efectos.

Por ejemplo: En una riña un espectador interviene por su cuenta sin que realice actos que evidencien que ayuda o auxilia a uno de los rijosos. Como sucede cuando tal espectador de improviso golpee a uno de los contrincantes y enseguida se dé una riña campal entre los tres. A diferencia de cuando aquél intervenga por su cuenta y ataje a uno de los rijosos para que el otro lo golpee, lo que significa una adherencia cuya relevancia típica está por verse: porque sólo la tendrá si el autor acepta la ayuda, aprovechando la traba para pegar a su contrincante. Lo que no sucederá cuando el adherente sujete por su cuenta a uno de los rijosos, pero el otro desista golpearlo así.

9. La complicidad requiere que el auxilio o la ayuda sean dolosos. Esto es, que se brinden para un delito que el cómplice sabe va a cometerse. Así, auxiliar o ayudar han de tener un fin confluente con el dolo del autor para cometer el delito por el que se presta el apoyo. Ello apareja que el cómplice tenga voluntad y conocimiento de brindar auxilio o ayuda para que otro ejecute un delito determinado, cuyos relieves –esenciales a los elementos objetivos del tipo– conoce. Y que este otro cometa el delito apoyándose en la ayuda y sabiendo que cuenta con ella. Por ejemplo, faltará el dolo cuando el autor le pide a otro su pistola para probar su puntería en una cosa, pero ya con ella súbitamente la dispara contra una persona, matándola.

En tal caso, es claro que la acción del aparente cómplice (de facilitar su arma de fuego al autor) fue sin voluntad ni conocimiento de auxiliar o ayudar para matar, que por cuenta propia ejecutó el autor. Asimismo, si un patrullero persigue a un chofer que conduce a exceso de velocidad, motivo por el que se le une otra patrulla y durante la persecución, por propia decisión el primer patrullero saca su arma, la dispara y mata al cafre. En tal caso, aun cuando la persecución de la segunda patrulla hubiera servido de apoyo para poder alcanzar, disparar y matar al infractor, es claro que los actos de refuerzo se dieron para detener al cafre, pero no para ayudar a darle muerte. Falta así la confluencia de voluntades para cometer el delito: en tanto el auxilio se dio para detener al infractor y, por ende, tuvo un fin distinto al dolo del autor.

10. ¿Es factible la complicidad –ayuda o auxilio– por omisión? Sí es posible en el Proyecto. En tanto que los párrafos segundo y tercero del artículo 33-B-II disponen:

“La complicidad dolosa por omisión, deberá obedecer a un acuerdo de no poner un obstáculo para facilitar la comisión del delito, a pesar de tener un deber jurídico de ponerlo, basado en alguna de las posiciones de garante establecidas en este código, para evitar en lo posible la lesión al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate.”

“Asimismo, se considerará cómplice por omisión, al servidor público que, teniendo una posición legal de mando jerárquico sobre su subordinado, sepa que éste, abusando o valiéndose de su posición de autoridad va a cometer un delito o que lo está cometiendo, y no impida la consumación del mismo, no obstante poder hacerlo.”

Por ejemplo, la doméstica omite poner cerradura al acceso de la casa donde trabaja –aunque está encargada de ello–, para facilitar el ingreso de los ladrones con quienes acordó el robo, los que así penetran y lo cometen.

11. De igual manera, la presencia de una persona donde otra comete el delito –aunque la acompañe–, tampoco significa darle “apoyo, socorro, asistencia o refuerzo”, ni, por ende, ser su cómplice. Ya que aquellas acciones resumen el significado de brindar “ayuda o auxilio”, muy distintas a estar “presente” donde se comete un delito. Así, “apoyo” quiere decir que brinde “protección o favor”. Y arduamente cabe pensar que se asista o refuerza al autor con solo “estar presente”, ni siquiera forzando el significado de ese vocablo de “estar presente” o de “presenciar”. Cosa distinta es cuando alguien vigila para avisar a los autores si viene un tercero, porque con esa guardia si se apoya a los autores.

Ni siquiera es admisible la mera presencia como complicidad, cuando la persona hubiera acudido en compañía del autor, pero no aparezca que lo haya trasladado al lugar del delito “para” que lo cometiera. Por lo demás, sostener que para el autor significaría un “socorro o asistencia moral” que alguien estuviese presente en la comisión del delito, es llevar las cosas demasiado lejos. Pues la mera presencia de otro cuando se comete un delito, será una conducta atípica a menos que se establezca que el autor necesitaba de la presencia de aquella persona para cometer el delito y que ese fue el motivo por el cual dicha persona estaba ahí.

Por otra parte, cuando el espectador da aliento al autor, es posible que ese ánimo material –y no la mera presencia– constituya un auxilio o ayuda, pero sólo si se establece que el aliento le sirvió de “refuerzo” al autor. Así pues, el ánimo o aliento no siempre concretará un auxilio, porque habrá que ponderar, por una parte, si el ánimo determinó al autor a cometer el delito, la conducta ya será de determinación y no de complicidad y, por el otro, si el aliento se dio durante la ejecución del delito, será necesario que se evidencie, además, que aquel aguijoneo ocurrió porque el autor flaqueó durante la ejecución del delito: de tal modo que las palabras de espoleo hayan constituido un estímulo para que pudiera continuar la ejecución.

Mas si el espectador festina la conducta del autor, o incluso le alienta a continuar, sin que aparezca que esa alacridad haya reforzado la decisión del autor (porque éste no titubeó en ningún momento), faltará así que le haya servido la conducta del supuesto cómplice como ayuda para la comisión del delito, por más execrable que sea la festinación del espectador.

## F. COMPLICIDAD POR AUXILIO SUBSECUENTE

1. En el Proyecto se contempla la “complicidad por auxilio subsecuente”. Ésta solo se concreta cuando con posterioridad al delito, la persona cómplice ayude a la autora, en cumplimiento de promesa anterior al hecho delictuoso cometido. Y, por tanto, sigue la misma orientación que el resto de los códigos penales de la república.

2. Por último, no habrá complicidad cuando sin acuerdo previo a la comisión de un delito, se preste auxilio al autor después de que lo cometió, a sabiendas de esta circunstancia, aunque tal conducta sí concretará el tipo de encubrimiento previsto en el Proyecto.

## G. FORMAS COMPLEJAS DE INTERVENCIÓN TÍPICA

### I. Autoría indeterminada

1. A la intervención con ignorancia de autor sin acuerdo previo contemplada en el artículo 35 de la Iniciativa, se le conoció como complicidad correspondiente. En el artículo 26 del CPDF se la llama autoría indeterminada. Y claro es que –aun cuando fue aceptada por la práctica– aquella denominación era impropia: pues sí en ese supuesto falta preordenación o adherencia ¿cómo podría haber complicidad? Y tampoco puede haberla según la fórmula legal: ya que en el artículo 35 se sanciona a todos como autores, pero con penalidad atenuada. Así, aquella es una figura legal compleja con una antigua denominación equívoca. Pues no se trata de una complicidad ni de autoría o coautoría. Sino de un fenómeno en el que no hay acuerdo entre los partícipes para cometer el delito, del cual se ignora la causación de cada cual.

2. La ausencia de acuerdo para cometer el delito es lo que diferencia a la llamada autoría indeterminada de la coautoría concertada con ignorancia de la causación específica y de cualquiera otra forma de coparticipación. Y para que aquella se concrete se precisan tres requisitos: 1) El primero radica en que en el delito han de intervenir varias personas “sin acuerdo previo ni adherencia entre

ellas”. 2) El segundo, consiste en que los que intervengan realicen actos idóneos para producir el resultado. 3) Y el tercero, reside en que se ignore la causación de cada cual.

Así, en la también llamada –con mejor fortuna– responsabilidad correspectiva, varios intervienen por su cuenta en la comisión de un delito, ignorándose cuál fue su causación específica respecto al daño, pero a la vez se evidencia que realizaron actos idóneos para producirlo.

En efecto, lo que caracteriza a la intervención plural sin preordenación y con incertidumbre de autor, es la intervención de varios que actúan por su cuenta y, por ende, en los que está ausente el acuerdo expreso o tácito de voluntades y presente la ignorancia de la causación específica en un delito de resultado o de daño, lo que funge como razón de especial tipificación y benignidad de la pena.

3. La regla general es que cada cual debe responder por los propios golpes. Mas cuando no es posible descubrir quién es el autor, repugnaría a la justicia dejar impunes a quienes sin concierto intervinieron por su cuenta con conductas idóneas para causar el resultado típico. Como igual se opondría a la justicia tratar a todos con la punibilidad para los autores. La autoría indeterminada opera así sólo en favor de quien se ignora su causación específica respecto al daño, pero que, sin acuerdo con otros, intervino con actos idóneos para producirlo. Pues si se sabe cuál fue el daño que cada cual produjo, sólo por ese daño se sanciona a cada uno. Sin que les ampare la benigna penalidad de la responsabilidad correspectiva. Como tampoco se beneficiarán de ella cuando medie el acuerdo previo entre ellos para intervenir tumultuariamente.

4. Solo podrá atribuirse el daño a quienes intervinieron con medios idóneos para producirlo. Así, cabe citar la tesis siguiente:

COMPLICIDAD CORRESPECTIVA. Esta forma de intervención prevista en la fracción VIII, del artículo 13 del Código Penal, requiere para su acreditación que se demuestre: a) una plural intervención de sujetos en la fase ejecutoria de la conducta típica; b) respecto de un delito de resultado material; c) que esa intervención sea dolosa; d) de características tales que cualquiera de esas intervenciones pudiera haber sido causante o cocausante del resultado material; e) imposibilidad de probar quién o quienes causaron el referido resultado material; y además constatar que no existan elementos de prueba que permitan establecer un acuerdo previo entre los intervinientes.<sup>231</sup>

5. El fenómeno de responsabilidad correspectiva –o de autoría indeterminada– no excluye a las circunstancias o modalidades atenuantes. Así, el Proyecto preceptúa:

“Cuando en la realización de un delito, varias personas intervengan sin acuerdo previo ni adherencia entre sí, y no pueda precisarse el daño específico que produjo cada cual, a todas las que realizaron dolosamente conductas adecuadas para producir el resultado se les impondrá desde las tres quintas partes del mínimo, hasta las tres quintas partes del máximo de las penas que correspondan al delito cometido, *con inclusión de las modalidades del tipo penal que, en su caso, concurren.*”

“Si se logra precisar quien causó el resultado, sólo a esa persona se le punirá como autora, y a las demás que realizaron actos adecuados para producir el resultado, se le imputará el hecho a título de tentativa punible, *y en cualquier evento, con inclusión de la o las modalidades que, en su caso, hayan concurrido.*”

6. Por último, es posible que ocurra el fenómeno de un periplo que se inicie con la intervención de varias personas, sin que entre ellas exista preordenación ni adherencia. Y que en esa primera fase los concursantes realicen acciones idóneas para producir la muerte. Después, algunos de ellos o todos se adhieran entre sí para reanudar una agresión tumultuaria en forma concertada. La intervención se convierte así en una verdadera coautoría. Y en esta segunda fase del proceso, los coautores ejecuten también conductas aptas para producir el resultado. Sin que pueda determinarse la causación específica de las acciones de ambas fases.

<sup>231</sup> Tesis: I.1o.P.52, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, diciembre de 1998 P., p. 1028.



En tal caso, al subsistir la ignorancia de la causación y sin que pueda atribuirse el resultado sólo a los partícipes en coautoría tumultuaria, por ende, todos los concursantes, de la primera y la segunda fase, deben beneficiarse con penalidad atenuada. A ello podría objetarse que sólo debería aplicarse penalidad atenuada a quienes quedaran como interventores en la fase primera. Pues respecto a los de la segunda ya deviene irrelevante la ignorancia de su causación específica debido al acuerdo surgido entre ellos que los convirtió en coautores por tumultuaria.

Empero, tal criterio pasaría por alto que no se excluye la posibilidad de que en la primera fase se hubieran inferido las lesiones letales. Por lo que esa posibilidad y la imposibilidad de excluirla no pueden ponerse a cargo de los que intervinieron en la fase ulterior, como sí solo ellos hubieran podido causar el resultado como coautores. Y sin que con ello se desatienda el principio de que no debe sancionarse por conductas de otros. Porque en tal evento, se atiende a la conducta de otros para reducir la sanción y no para fundarla.

#### H. INTERVENCIÓN EN DELITO EMERGENTE

1. La corresponsabilidad en delito emergente surge por una combinación –como afirma Villalobos en su *Derecho Penal Mexicano*<sup>232</sup>– de los supuestos en que existe dolo eventual con los casos en los que se participa por medio de omisiones. Así, la ley considera partícipe de un delito a quién materialmente no intervino ni convino participar en aquél. Mas en quién se estima que existe el dolo eventual de converger para realizar el delito emergente, si es que éste se comete como consecuencia necesaria o natural de otro realizado y acordado. O de los medios concertados para realizarlo. O en virtud de que el sujeto no lo impidió, aun cuando lo advirtió y pudo evitarlo sin grave riesgo para su persona.

2. Los elementos objetivos de la responsabilidad en delito emergente se hallan así en las antedichas condiciones establecidas en la ley para que el delito sea emergente, las que satisfacen los extremos de una coautoría, en virtud de que se realizan acciones sin las cuales el delito emergente no se hubiera cometido, donde el sujeto contribuye a generar el riesgo procedente de una lesión jurídica que luego omite impedir, no obstante que puede hacerlo y sin que corra riesgo personal. En tanto que el elemento subjetivo reside en la convergencia del dolo eventual de quien indebidamente omite, con el dolo directo de quien perpetra el delito emergente.

3. Así, las pautas de intervención en delito emergente recogen diversos elementos. El objetivo consistente en la intervención concertada de una persona en un delito, con la que pone una condición necesaria para la comisión de otro –emergente–; esto es, cuando el delito emergente es consecuencia o medio para el principal que el sujeto acordó cometer. O bien cuando el sujeto de igual modo contribuyó a generar el riesgo y esté presente durante la comisión del delito emergente, sin que lo impida no obstante que pueda hacerlo sin riesgo personal.

Las últimas condiciones quedarán incumplidas si antes no se actualizaron las que motivan el delito emergente, o cuando por lo repentino de la nueva acción del autor material no le sea posible realizar la acción impeditiva a quien se imputaría la omisión, o cuando aun siéndole posible efectuar aquella, corriera riesgo personal si la lleva a cabo.

#### APARTADO NOVENO

#### TENTATIVA PUNIBLE

#### SECCIÓN PRIMERA

#### PREMISAS

##### A. EL ITER CRIMINIS

1. La tentativa, como conducta delictuosa, se sitúa en la fase externa del camino del delito (iter criminis.) Y de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, aquella consiste en exteriorizar la resolución de cometer un delito con actos u omisiones que constituyan la ejecución del delito propuesto y pongan en peligro de lesión al bien jurídico, pero sin que el resultado se produzca por causa ajena a la voluntad del agente. Así, la tentativa punible ocupa un lapso temporal dentro del llamado camino del delito (iter criminis), cuya ruta tradicionalmente se divide en dos fases: la interna y la externa. La primera comprende diversos momentos subjetivos, como son la ideación, la deliberación y la resolución. Los que se consideran como no punibles porque falta la materialización de la idea criminal en una conducta que afecte bienes jurídicos.

Y como dice Pavón:

<sup>232</sup> Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 477 a 500.

“...mientras la idea delictuosa permanece en la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico...el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula cogitationis poenam nemo patitur, recogida en el Libro II de la Séptima Partida, en su Título 31, que proviene de la más vigorosa tradición jurídica romana”.<sup>233</sup>

2. Cuando se exterioriza la decisión de delinquir, se inicia la segunda fase del iter criminis. Dentro de ésta se comprende a la resolución manifestada, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento del delito. Y aunque por lo general, las resoluciones manifestadas y los actos preparatorios no se tipifican penalmente, excepcionalmente el legislador les configura como tales, por su posibilidad de luego lesionar a un bien jurídico. De tal manera que aquél establece tipos penales anticipados a la lesión de un bien jurídico, mismos que son de peligro potencial para el bien jurídico. Así ocurre con la invitación para cometer traición, la conspiración, la provocación o apología de un delito.

2. En situación parecida están los actos preparatorios. De los que Jiménez Huerta señaló el artículo 234 del CPF, en el que se sancionó “mandar construir, comprar o construir instrumentos o útiles para la falsificación de moneda, si únicamente pudieran servir para ese objeto”.<sup>234</sup>

3. Más como se dijo, los tipos que punen resoluciones manifestadas o preparaciones de delitos son excepciones a la regla general de que aquellas no son punibles, ya sea por su equivocidad o porque es solo potencial el peligro de lesionar al bien jurídico protegido. Mas, así como la doctrina sostiene que los actos que ocurren en dichos lapsos del iter criminis por lo general no son punibles, igual pregona la punición de los actos de ejecución que revelen la resolución de cometer un delito y pongan en peligro concreto el bien jurídico –por su capacidad de lesionarlo–, si aquél se inconsuma por causa ajena a la voluntad del agente.

4. Ahora bien, si la ley no definiera la tentativa punible, no podría punirse la ejecución de un delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad. Y para lograrlo el legislador emplea un medio que evita una farragosa duplicidad de tipos: crea la figura típica de tentativa punible en la Parte General de los códigos penales. En ella se pune exteriorizar la resolución de cometer un delito, mediante una conducta que sea unívoca de aquel fin que ponga en peligro de lesionar al bien jurídico protegido, pero sin que llegue a consumar el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. En su turno, la consumación del delito ocurre cuando se concretan los elementos de un tipo penal determinado.

Finalmente, el agotamiento surge después de la consumación y constituye el último momento del iter criminis, que implica, según Jiménez de Asúa “...lograr el propósito final perseguido”.<sup>235</sup> Ahora bien, el agotamiento del delito por lo general no tiene consecuencias penales, ya que la afectación al bien jurídico ocurre con la consumación y la conducta ya resulta punible por esta última circunstancia. Lo cual quiere decir que salvo cuando se trate de bienes personalísimos, los actos que aparenten reiterar la lesión originada con la consumación del delito, ya no darán pie a un nuevo delito, pues la que sería nueva lesión ya quedó consumida desde que se consumó el delito (principio de consunción).

Así, no habrá daño en propiedad ajena si el ladrón destruye la cosa robada, ya que el titular perdió su disponibilidad desde que fue objeto del latrocinio, de tal suerte que dañarla ya no implica una nueva afectación al patrimonio constitutiva de delito, de lo contrario habría doble punición por una sola lesión, en contravención del principio non bis in idem del artículo 23 C.

## B. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA PUNIBLE

1. Los delitos de la Parte Especial de los códigos penales y otras leyes son tipos penales de delitos consumados. Por tanto, no describen la conducta de tentativa, ni las condiciones típicas que debe asumir para su punibilidad.

Por su parte, el tipo de tentativa punible se plasma en la Parte General de dichos códigos. Y como sucede con las normas de autoría y participación, con aquel método se evita reproducir junto a las figuras típicas de delitos consumados, la de su tentativa punible, si acaso la admiten. Pero a diferencia de las normas de autoría y participación, la figura típica de tentativa punible no amplía el ámbito de prohibición de los tipos penales de los delitos consumados ni se subsume en estos: simplemente porque no pueden coexistir, en tanto captan conductas con condiciones distintas donde la tipificación de una excluye a la otra.

En efecto, la concreción de los tipos penales de los delitos consumados supone siempre su consumación, mientras que la tentativa punible requiere precisamente el signo contrario, esto es, que el delito se inconsume por causas ajenas a la voluntad del agente. La tentativa punible tiene así su propio tipo penal en la ley, con sus elementos específicos, los cuales por referirse a una acción unívoca de la resolución de consumir un delito y que pone en peligro de lesionar al bien jurídico de ese delito, pero que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, conllevan a que tal figura esté vinculada al delito que se quería consumir.

De aquí que haya de preguntarse: ¿en qué medida es correcta la tesis de que la tentativa sería un dispositivo típico amplificador y hasta qué punto, aquélla sería accesoria (no autónoma) de los delitos consumados?

<sup>233</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *La Tentativa*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, p. 11.

<sup>234</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T. I., Ed. Porrúa, S.A., México 1972, p. 232.

<sup>235</sup> Luis Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Ed. Temis, Bogotá, 1978, p. 459.

2. En tal contexto, Jiménez de Asúa subrayó que se debía a Max Ernest Mayer la prioridad de la teoría de las causas de extensión de la pena, en las cuales incluía a la tentativa y a la coparticipación.<sup>236</sup> Mayer concibió a la tentativa y la coparticipación como aquellas circunstancias que fundamentan la punición de una conducta, al asignar a los delitos consumados un alcance que excedería su contenido conceptual. Mediante esas causas de extensión de la pena se ampliaría la punición de los tipos delictivos plasmados en la parte especial; pues a un determinado territorio situado fuera de la zona limítrofe del delito se le hace caer bajo una diversa pena legal abstracta. De esta forma se sanciona la acción, que, sin estafar, inicia la estafa; que, sin robar, comienza el robo.<sup>237</sup>

Por su parte, Beling distinguió entre tipos autónomos y subordinados. Son tipos autónomos –dijo el autor alemán– aquellos que rigen por sí mismos un marco penal determinado y, por tanto, son cuantitativamente firmes. Son tipos subordinados aquellos que, dependiendo de otro, tienen un contenido cuantitativamente indeterminado y variable y dan lugar a verdaderas figuras típicas accesorias, mediante las que el legislador logra la punibilidad de acciones que no son “asesinato”, “robo”, etcétera, y que, por tanto, quedarían impunes conforme al tipo delictivo autónomo. Dichas figuras típicas subordinadas o accesorias tienen su apoyo en un tipo delictivo autónomo, sin el cual penderían en el aire, pues solo alcanzan su significación jurídica penal por su vinculación a un tipo delictivo de aquella clase.

Jiménez Huerta sostuvo la índole amplificadora de la tentativa, siguiendo la tesis de Beling.<sup>238</sup> Más aquél destacó que si la tentativa es causa de extensión de la pena y es un dispositivo amplificador, es porque la ley crea el supuesto de la tentativa punible con sus propios elementos típicos. Pues si así no fuera “...caeríamos en la anomalía jurídica de extender penas a conductas atípicas”.<sup>239</sup>

Si ello es así, luego (cabe añadir), la tentativa es un tipo que en realidad pune –con marco propio y diverso– otros hechos distintos, pero vinculados a los previstos en los tipos de los delitos consumados. Mas sin que la tentativa sea “parte” de estos, pues de lo contrario serían aberrantes sus tipos, donde coexistirían signos opuestos en cada supuesto punible: por un lado, el que exige la consumación del delito y por el otro el que demanda su inconsumación.

3. El tipo penal de tentativa será accesorio de un delito consumado, en tanto solo entra en función respecto de una conducta cuyo fin sea consumir el delito propuesto que como tal, esté vigente en la ley. Mas ello no autoriza aseverar (como lo pensó Mayer) que la tentativa sería causa de extensión de la pena, ni menos que sería “parte” del supuesto punible del delito consumado.

De igual modo no cabe estimar (como lo hicieron Carrara y Carnelutti) que la tentativa sería un delito imperfecto.<sup>240</sup> Pues ella constituye uno perfecto. Como anota Pavón Vasconcelos “...es figura típica con caracteres, actividad y objetividad típica propia y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado”.<sup>241</sup>

A igual conclusión llegó Bettiol, quien señaló que la tentativa, a diferencia del delito consumado, no admite lesión, sino solo el peligro al bien”.<sup>242</sup> Asimismo, Bettiol afirmó que concretada la tentativa da pie a un hecho típico que puede ser antijurídico y culpable. Postura que defendieron Antolisei, Massari y otros, pues si bien es cierto que para definir la tentativa ha de acudirse al delito que se quería consumir; igual lo es, que aquélla tiene su propio tipo penal cuya concreción motiva un nuevo título de delito.<sup>243</sup>

4. De todo ello resulta que deba tenerse cuidado acerca de la naturaleza de la tentativa, pues, así como ella solo entra en función frente a los delitos consumados que admitan tal forma de vinculación (y en tal sentido puede decirse que es accesoria de ellos); de igual modo la tentativa es un delito perfecto, en donde, como dijo Ramón Palacios, ocurre “...la subsunción del hecho histórico en el precepto que prevé y pune el actuar en el que está ausente el resultado”.<sup>244</sup>

5. De esa manera, la idea de que la tentativa sea un dispositivo amplificador de los tipos penales de delitos consumados será correcta, si con ella quiere enfatizarse que, mediante el tipo de tentativa punible, el legislador amplía los supuestos de hechos punibles a otros relacionados con ellos, pero distintos de los mismos. Como también que la tentativa punible será accesoria a las de los consumados, en la medida que ella carece de sentido si no se le relaciona con la existencia del tipo penal del delito que se quería consumir. Mas la idea de la tentativa como dispositivo amplificador será falsa, si por ella se entiende que la tentativa punible sería “parte” de las de los delitos consumados.

6. En suma, la concreción de un tipo penal sólo puede ser a título de un delito consumado o de uno de tentativa punible, pero no de ambos. Y la tentativa no es ni puede ser mero grado de los tipos penales de los delitos consumados. Sino en sí misma es un tipo con

<sup>236</sup> Op. cit., *La Ley y el Delito*, p. 473

<sup>237</sup> Op. cit., T. I, p. 219, Nota 2. Der. Allgemeine Teils, pp. 341 y 55

<sup>238</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, p. 337.

<sup>239</sup> Op. cit., T. I, p. 223

<sup>240</sup> *Teoría General del Delito*. p. 159. citado por Jiménez Huerta, op. cit. T. I. p. 226.

<sup>241</sup> Op. cit., *La Tentativa*, p. 29.

<sup>242</sup> Citado por Pavón Vasconcelos en *La Tentativa*, p. 29.

<sup>243</sup> Por ello, es incorrecto hablar de “tentativa de delito”, pues concretada la figura típica de tentativa, el injusto y la culpabilidad, ella será delito, sino más bien, de un “delito en grado de tentativa”.

<sup>244</sup> Ídem.

sus propios elementos, diverso al de los delitos consumados y sin que forme “parte” de sus tipos penales. De ahí que importe precisar, hasta qué punto la tentativa es accesoria del delito consumado. Pues si por accesorio se entiende lo que depende de lo principal, será claro que la concreción de los elementos típicos de la tentativa punible no depende de la concreción del delito consumado.

El artículo 14 C. manda que la ley defina los delitos y las penas. Lo que orilla a que el supuesto punible de la tentativa se instituya en la ley, con sus propios elementos típicos. Los cuales no se integran a los de los delitos consumados. Sino que aquel supuesto se vincula con el del consumado respecto al fin de la acción (dolo) y la existencia de ciertos presupuestos objetivos frente al delito que quería consumarse, para así excluir la tentativa aparente o el delito imposible. Lo cual también tiene su importancia jurídica-práctica, porque evita el yerro de que como la tentativa es accesoria del delito consumado, por tanto, ella sería segmento del mismo. Lo cual es un contrasentido, pues la tentativa tiene como elemento típico la no consumación del delito, a la cual se oponen las exigencias del delito consumado.

7. Las consecuencias a que lleva la idea de la tentativa como supuesto que amplía la punición de los delitos consumados, de los que aquella es accesoria, sin comprender cómo ha de entenderse tal carácter amplificador del tipo penal de tentativa y su interrelación con aquellos, son las que deben llamar la atención para acotarlo en su naturaleza exacta. Y es que su percepción errónea de considerarlo “parte” de los delitos consumados, ha llevado a los tribunales, por ejemplo, a negar medidas cautelares en libertad y sostener la prisión preventiva cuando se trate de tentativa, a pesar de que la ley establezca aquella medida como forzosa solo respecto de tipos penales de delitos consumados.

En tal sentido, han existido tesis contradictorias que aluden como graves a los delitos en grado de tentativa, a pesar de que las normas que interpretan se refieren a delitos consumados: la primera sostuvo que el tipo de tentativa no podía considerarse autónomo, y de ello derivó —erróneamente— que formaría parte de los delitos consumados. Como secuela igual desacertada, consideró que los delitos considerados como graves, comprenderían a los consumados y a la tentativa de éstos, ya que donde la ley no distingue no puede hacerlo el juez; a pesar de que la ley sólo se refería los delitos consumados, pero no a la tentativa punible, por lo que aquel criterio en realidad se apartaba de la ley. El rubro de tal tesis es el siguiente:

“LIBERTAD PROVISIONAL, IMPROCEDENCIA DE LA. EN LOS CASOS DE DELITOS CALIFICADOS COMO GRAVES, AUN CUANDO SE HAYAN COMETIDO EN GRADO DE TENTATIVA.”<sup>245</sup>

8. Justamente, la doctrina ha estimado que la concreción del tipo penal de tentativa se vincula con la del delito que se quería consumir. Y esa apreciación es correcta. Pues no puede comenzarse a ejecutar un delito que no esté previsto como tal en la ley.

Más igual es errado que la tentativa punible esté inmersa en el tipo penal del delito consumado que corresponda. Desacierto que no se salva con el argumento de que la tentativa amplificaría los tipos penales de los delitos consumados. Porque una cosa es que la figura de tentativa contemple el supuesto de un hecho punible relacionado, pero distinto del contenido en el delito consumado y de esa forma amplíe el ámbito de punibilidad a otros hechos distintos a los previstos en los delitos consumados. Y otra es que la tentativa se contendría en el tipo penal delictivo que se quería consumir, ampliando al mismo.

Y así como en los códigos penales puede constatarse que el tipo penal de tentativa no se contiene en los de los delitos consumados. Tampoco es motivo para estimarla “inserta” en los correlativos tipos penales de los consumados. El que se hable de que cada delito es posible que se concrete en uno de dos grados, es decir, como tentativa o como consumado, lo equivocado es sostener que la primera sería “parte” del tipo penal delictivo consumado de que se trate.

9. En realidad, hay cuatro atributos que vinculan al tipo penal de tentativa con los de los delitos consumados.

El primero radica en que no puede intentarse un delito si en la ley no se prevé como consumado. Si el legislador deroga el tipo de un delito consumado, ello conlleva a ya no poder punir los respectivos delitos en grado de tentativa. Y en tal sentido, sería disparatado intentar consumir un delito que la ley no contemple, o que deje de considerarlo como tal en virtud de su derogación.

El segundo atributo estriba en la necesaria referencia a los delitos consumados en el tipo penal de tentativa, en orden al dolo y para fijar la penalidad aplicable al delito en grado de tentativa.

El tercero reside en la ineludible preexistencia del bien jurídico concreto cuya afectación aparejaría la comisión del delito consumado, a efecto de que la tentativa lo ponga en peligro de ser lesionado. Como también la de otros presupuestos objetivos de orden típico respecto al delito que se quería consumir. Así, en el primer caso, será preciso, por ejemplo, que el sujeto pasivo esté vivo respecto al homicidio en grado de tentativa. O en el segundo, que el sujeto posea la calidad específica que establezca el tipo penal del delito que se quiso consumir. Ya que si faltan tales presupuestos habrá delito imposible o una tentativa aparente.

245 Tesis: IX.2o.2 P, Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, enero de 1996, p. 311.

Y el cuarto atributo radica en la vinculación de la tentativa con la afectación al bien de la figura típica del delito que se quería consumir. Toda vez que en la tentativa se tiene el fin de producir el resultado o de afectar el bien jurídico de aquella figura típica, pero sin que acontezca el resultado por causa ajena a la voluntad del agente y el bien jurídico solo se ponga en peligro.

De aquí que mientras los delitos consumados pueden ser de simple conducta o de resultado, o pueden serlo de peligro o de lesión al bien jurídico. A su vez, los delitos en grado de tentativa siempre serán de simple conducta y de peligro para el bien jurídico tutelado en el tipo penal delictivo que se quería consumir, sin que en aquellos quepa la lesión al bien, ni el resultado del consumado.

10. Precisamente por ello también puede ser erróneo el alcance que se dé a la accesoriedad de la tentativa frente a los delitos consumados.

La tesis de la accesoriedad de la tentativa será correcta en la medida que signifique que ella no puede entenderse si en la ley no está previsto el delito que se quería consumir. También es admisible que la figura típica de tentativa amplíe los supuestos de punibilidad a hechos distintos, de los que la ley prevé como delitos consumados.

Mas la tesis de la accesoriedad será falsa si por ella se entiende que la tentativa sería segmento del tipo penal del delito consumado, mismo que amplificaría porque formaría parte de él. Porque tal postura no puede explicar que el tipo penal de la tentativa exija como elemento, la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, el cual colisiona con las exigencias de los tipos penales de delitos consumados, que requieren el signo contrario. Y también porque considerar así la accesoriedad de la tentativa conduce a la aberración de que la concreción de la tentativa punible dependería de la consumación del delito al que se dirigía.

### C. TENTATIVA INACABADA Y ACABADA

1. Ciertamente, la afirmación de que la tentativa se constituye con actos u omisiones cuyo fin es cometer un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, no desentraña el contenido material de la conducta que concrete una tentativa punible. Mas si se considera que en el iter criminis, la resolución manifestada y los actos preparatorios por lo general caen fuera del campo de punición, salvo ciertos casos de excepción previstos en la ley, y que el agotamiento del delito también queda extramuros de lo punible. Al igual que la consumación del delito excluye a la tentativa, podrá inferirse que la conducta de tentativa será la de naturaleza ejecutiva.

2. En tal orden de ideas, igual puede deducirse que la tentativa punible tiene una estructura que en su grado temporal anterior, puede estar precedida de actos preparatorios (no punibles) y, en su grado temporal posterior, por los que consuman el delito propuesto.

De igual manera puede inferirse de la estructura interna de la tentativa ya punible, tendría tres partes relevantes:

- a) La primera, que se constituye: “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, mediante la realización de actos unívocos de ejecución para consumarlo” (y que en la doctrina se conoce como “tentativa inacabada”).
- b) La segunda, que se constituye: “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, ...ejecutando todos los actos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo (tentativa acabada).
- c) Y la tercera, que es común y necesaria a ambas partes: “[que] el delito no se consume o el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente, cuya conducta, además, ponga en peligro de lesionar al bien o bienes jurídicos protegidos”.

3. Ahora bien, es importante fijar qué delitos admiten dichas formas de tentativa punible.

En los delitos de resultado por acción cabe la tentativa inacabada y la acabada. De ésta última es el caso de quien dispara y hiere a la víctima en su tórax con el fin de privarla de la vida, pero sin que su muerte ocurra por oportuna intervención médica. Mientras que habrá tentativa inacabada punible, cuando con el fin de obtener un lucro el agente empieza a engañar al pasivo, pero antes de hacerlo caer en error, aquél percibe la mentira –que sí le embaucaría– y evita el fraude, ya que aquí el agente no culminó el acto ejecutivo del delito de fraude, imbfbito en la voz “engañar”, sino que inició su ejecución.

No cabe decir lo mismo de los delitos de omisión impropia (resultado por omisión) que solo admiten la tentativa acabada. Pues en ella se “omiten todos los actos que deberían evitar el resultado”. En tales supuestos –dice Pavón Vasconcelos– “...se establece una

separación entre la omisión y el resultado, y cabe la tentativa”.<sup>246</sup> Y Jiménez Huerta afirmó que “...en los delitos de comisión por omisión, el dispositivo de la tentativa puede entrar en juego, como se evidencia con sólo pensar en la conducta de la madre que deja de amamantar al niño para que muera”.<sup>247</sup> Sin embargo, según la redacción del tipo penal de tentativa, en los delitos de omisión impropia no cabrá la tentativa inacabada, dado que han de “omitirse todos los actos –y no solo algunos– que evitarían el resultado”.

4. En lo que toca a los delitos de mera conducta habrá que distinguir entre delitos de acción y delitos de simple omisión. En relación con éstos últimos, la doctrina se inclina por estimar inadmisibles las tentativas. Tal fue la postura de Carrancá, quien sostuvo “...la tentativa solo cabe en los delitos de acción y no en los de omisión”. Ello es correcto, pues si éstos se consuman cuando se omite la conducta debida –como apunta Pavón– “...no hay un antes en el que pueda empezarse a omitir la acción esperada”.<sup>248</sup> Y en lo que atañe a los delitos de simple acción, sólo cabrá la tentativa inacabada.

5. Empero, antes de precisar cuáles serían los actos de ejecución en la tentativa punible de un delito de mera acción, en especial, cuando el delito sea de peligro, primero cabe observar lo siguiente. Los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF parecerían indicar que la tentativa punible sólo sería admisible en los delitos de resultado. Pues, aunque en dichos preceptos se alude a exteriorizar en “parte o totalmente” los actos ejecutivos, los condicionan a que no ocurra el “resultado”. A diferencia de la Iniciativa, que sólo demanda la ausencia del resultado ante la tentativa acabada, pero no frente a la inacabada, respecto de la cual sólo alude a actos unívocos de ejecución para consumar el delito.

Lo previsto en los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF puede resolverse ante los delitos de acción y lesión, estimando que esos numerales aluden a “resultado” como sinónimo de “lesión” al bien jurídico, en tanto la voz “resultado” quiere decir consecuencia, más no necesariamente que ella sea de índole material. De tal modo que la lesión al bien no ocurra por causa ajena a la voluntad del agente, y su acción ejecutiva sólo origine el peligro de menoscabarlo. Así, hay delitos de simple acción que son de lesión y en los que cabe la tentativa punible, como el robo. Lo cual igual es aplicable a los delitos de peligro, porque el significado de “resultado” también alcanza al “peligro” como consecuencia de los actos ejecutivos.

Sin embargo, ¿será admisible la tentativa punible en los delitos de mero peligro? Se ha creído un contrasentido que la tentativa pueda concretarse en los delitos cuya consumación sólo conlleve el peligro al bien. Pues se aduce: si la tentativa es un delito de peligro, ¿cómo sería posible concebir el peligro de un peligro sin caer en contradicción?

La SCJN ha estimado –sin cuestionarse sobre los puntos planteados–, que cabe la tentativa punible en delitos de peligro. Lo cual sólo podrá legitimarse si al peligro no se le convierte en irreal y se considera que el mismo es graduable. Por lo que, ante ello, las objeciones antes dichas, pueden salvarse replicando que realizar el peligro no es lo mismo que consumar un delito de tal índole. La consumación en esos delitos no sólo depende del peligro al bien –que debe ser real–, sino de los actos unívocos que hagan factible la concreción del ámbito típico del delito que se quería consumar.

Por tanto, en un delito de acción y de mero peligro, es posible que haya actos ejecutivos, y, por tanto, unívocos de la resolución delictiva, que sean capaces de originar el peligro que exija el tipo penal. Más precisamente por ello, si las claves para deslindar qué actos ya son de ejecución, radican en que revelen por sí o en su unidad de sentido la resolución de cometer el delito (univocidad) y pongan en peligro al bien, luego, sólo cabe identificar como tales al penúltimo acto apto para realizar la acción que lo consumaría, así como a ésta última cuando quede inconclusa.

Ello es así, porque si a los actos ejecutivos –a efecto de tentativa punible–, sólo se les caracterizara en los que serían “necesarios” «para más adelante» consumar el delito, tal pauta permitiría extender el extremo inferior de la tentativa hacia los actos preparatorios. Ejemplo de un acto necesario, pero “preparatorio” –porque aun no concreta el peligro del delito propuesto–, es el de quien oculta narcótico en su ropa para ingresarlo a un penitenciario, donde lo suministrará a un interno, pero que no logra su fin porque es sorprendido con el estupefaciente cuando se dirige a la penitenciaría.

Cuestión distinta será si al agente se le pilla con el enervante oculto cuando se le revisa al ingresar al reclusorio, pues si no hubiera sido detenido, ya dentro del establecimiento sólo le restaba suministrar la droga al destinatario. Aunque aún es posible la tentativa punible si el agente no es atrapado en la revisión, pero se le detiene cuando está por suministrar el estupefaciente, y se le interrumpe así su entrega por causas ajenas a su voluntad. Por ello es correcta la tesis de jurisprudencia 1a./J. 46/98 de la SCJN, que sostiene que el menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito no tiene el carácter de elemento típico de la tentativa, y, por tanto, tal aproximación es innecesaria para configurarla.<sup>249</sup>

Es cierto que el requisito de univocidad del acto a efecto de que sea ejecutivo, por tratarse al menos del penúltimo apto para realizar el que consumaría un delito de peligro, es una condición que de ordinario aproxima la tentativa punible a la consumación del delito, pero en realidad, lo decisivo –para la tentativa inacabada punible respecto a un delito de simple acción– no sólo radica en la

<sup>246</sup> Op. cit. “*La Tentativa*”. p. 152

<sup>247</sup> Op. cit., T. I; p. 230

<sup>248</sup> Op. cit., *Código Penal Anotado*, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 49.

<sup>249</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 46/98, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998, p. 198.

eventual cercanía del penúltimo acto idóneo con el que consumaría el delito, sino en el peligro real que aquel penúltimo acto genera para el bien jurídico protegido penalmente, como segundo requisito esencial de la tentativa punible.

De ahí que siga teniendo validez el criterio de Jiménez Huerta, en el sentido de que la tentativa inacabada punible en los delitos de simple acción –sean de lesión o de peligro–, radica a menos “en el penúltimo acto idóneo de los que el agente ha de efectuar para lograr la consumación del delito”.<sup>250</sup> Lo cual igual es válido para los delitos de resultado en una tentativa inacabada, pues respecto a la acabada, se han de dar todos los actos que deberían producir el resultado o todas las omisiones que lo evitarían, cuyo resultado deja de darse por causas ajenas a la voluntad del agente.

6. Por último, están los delitos de mera acción y de lesión, esto es, en los que su tipo penal no requiere un resultado material pero sí la lesión al bien, en los que igual sólo cabe la tentativa inacabada. La cual también se ha pretendido delimitar por la fraccionabilidad de la conducta descrita en el tipo. Cuando lo que en realidad importa es que tal conducta sea unívoca y realmente peligrosa al bien, que deja de darse por causas ajenas a la voluntad del agente. La clave para la tentativa inacabada no está, pues, sólo en el penúltimo acto del que consumaría el delito, sino, además, en que aquella acción sea actualmente peligrosa para lesionar al bien.

Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en el robo simple –como delito de lesión– cuando el sujeto abre la bolsa ajena donde luego meterá su mano para apoderarse de la cartera, así como cuando se trata de modalidades agravantes, por ejemplo, fracturar el vidrio trasero del carro para introducir la mano a efecto de tomar el bolso dejado en su interior, intimidar a la víctima para que entregue su cartera, perforar la caja fuerte del banco donde adentro se hallan valores, o escalar furtivamente y de noche la barda metiéndose a la morada ajena para tomar ciertas cosas muebles ajenas que se hallen en ella.

La tentativa punible es dolosa (resolución de cometer un delito), y requiere de indudables actos ejecutivos que, como tales, sean unívocos y coloquen en peligro al bien del delito propuesto, cuyo resultado no ocurre por causas ajenas a la voluntad del agente. Pues no se sanciona por querer consumir un delito determinado. Sino por la conducta que con ese fin inicie o en su caso complete de manera unívoca la ejecución del delito propuesto y con ello ponga en peligro el bien jurídico protegido en el tipo, sin que el resultado se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente.

## SECCIÓN SEGUNDA

### ESTRUCTURA DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA TENTATIVA

#### A. ELEMENTOS DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA TENTATIVA

1. La tentativa punible es dolosa (resolución de cometer un delito), y requiere de indudables actos ejecutivos que, como tales, sean unívocos y coloquen en peligro al bien del delito propuesto, cuyo resultado no ocurre por causas ajenas a la voluntad del agente. Pues no se sanciona por querer consumir un delito determinado. Sino por la conducta que con ese fin inicie o en su caso complete de manera unívoca la ejecución del delito propuesto y con ello ponga en peligro el bien jurídico protegido en el tipo del delito que se resolvió cometer, sin que el resultado se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente.

2. De los elementos señalados en el párrafo precedente se pueden establecer dos apartados fundamentales acerca de cómo han de entenderse los “actos de ejecución” de la tentativa, para que esta sea punible, así como un elemento negativo de la misma, para que también sea penalmente relevante, A saber: A. El dolo y la univocidad de la conducta de ejecución. B. El peligro para el bien jurídico del delito que se quería consumir. Y, C. Que el resultado no se produzca o no se consume el delito propuesto, por causas ajenas a la voluntad del agente.

#### B. EL DOLO Y LA UNIVOCIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO PROPUESTO

##### I. La teoría de los actos que penetran al núcleo del tipo penal

1. No ha sido ni es pacífico determinar cuándo los actos u omisiones referidos en la tentativa punible constituirán ejecución del delito propuesto. Así, Jiménez Huerta expuso que para Beling la distinción entre los actos preparatorios y los de ejecución es una secuela de la que existe entre el núcleo y la periferia del tipo penal.

2. Según ello, entran en el núcleo y, por tanto, son de ejecución: los actos que inicien la acción o empleen los medios del tipo penal del delito consumado. Quedarán en la periferia y, por ende, serán preparatorios, aquellos otros que, si bien no implican la realización de dicha acción y medios, sí preludian su ejecución, porque se efectúan para concretar el núcleo del tipo. Por supuesto, el delito se consumaría si se agota la acción que constituya el núcleo o, en su caso, se concrete el resultado, que integren los elementos del tipo de que se trate. Por ello, el *quid mínimo* radicaría en empezar a realizar la acción o penetrar al núcleo del tipo a través de los “medios” contemplados en el tipo penal del delito consumado.

<sup>250</sup> Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., T. I., p. 250.

Ya Hippel señaló "...cuando la ley exige determinados medios o requiere varias actividades sucesivas, es ya principio de ejecución, el inicio de la primera actividad conforme a la figura del delito".<sup>251</sup> Y Jiménez Huerta subrayó que el núcleo de la figura típica de violación no consiste simplemente en copular, sino en hacerlo por medio de la violencia física o moral, de tal suerte que la ejecución se inicia, cuando se violenta o amenaza a la víctima con el fin de yacer con ella contra su voluntad.<sup>252</sup> Se ha sostenido – con razón– que para definir cuándo se entra al núcleo del tipo no basta atender a la figura típica, sino según el caso a sus modalidades agravantes.

Así, tratándose de tipos penales cuyo marco punible se atenúa o agrava mediante modalidades, éstas pueden tener relevancia para determinar si la conducta del agente penetró al núcleo del tipo, como sucede con el robo en lugar cerrado, o con violencia, o en casa habitación. Pues fracturar el vidrio del coche y tratar de meter el brazo para apoderarse de un bolso en su interior, apuntar el arma a la víctima exigiéndole que entregue su cartera, o escalar la barda de noche y meterse a la habitación para tomar cosas ajenas, ya implica inicio de penetración al núcleo por la concreción de esas calificativas del robo. De ello también se desprende, que en el tipo penal de tentativa pueden concurrir modalidades atenuantes o agravantes, como lo sostuvo la SCJN en la tesis de rubro siguiente: "TENTATIVA CALIFICADA".<sup>253</sup>

3. En el sentido apuntado, cabe señalar que la postura que identifica a los actos ejecutivos con la concreción parcial del tipo de un delito consumado, es decir, con aquellos que ingresen a parte del núcleo típico o realicen las modalidades agravantes del tipo delictivo cuya consumación se pretendía, ya fue sostenida en diversas tesis de la SCJN y tribunales federales con el tenor siguiente:

"TENTATIVA. Como fase externa del delito, la tentativa es punible si el agente efectúa actos en relación con el verbo principal del delito de que se trata, o sea, existe un principio de ejecución o de penetración al núcleo del tipo, no consumándose por causa ajenas a la voluntad del agente".<sup>254</sup>

"TENTATIVA, NO CONFIGURACIÓN DE LA. La sola búsqueda de la víctima con el propósito de darle muerte, no integra tentativa de homicidio, máxime que no se encontraba en el poblado en que los sujetos activos creían que la hallarían, porque no se realizaron actos de ejecución en relación con el núcleo del tipo del delito respectivo. La sentencia que en tales condiciones condena, es violatoria de garantías".<sup>255</sup>

4. Ahora bien, conforme a lo dicho, cuando se trate de tentativa acabada en un delito de resultado, no hay duda de que habrá tentativa punible si se realiza la conducta del tipo penal pretendido, que habría de producir su resultado, pero que se inconsuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por ejemplo, la víctima engañada, se percata luego del error al que fue inducida y logra impedir la entrega de la cosa al agente. O bien, cuando el agente dispara al pecho del pasivo, causándole una herida que le habría determinado la muerte de no haber sido atendida médicamente.

5. Más la situación es distinta en la tentativa inacabada, pues no son claros los baremos para decidir cómo se penetraría al núcleo típico de un delito consumado, o se iniciaría la acción típica que no se completa por causas ajenas a la voluntad del agente.

En efecto, la hesitación se plantea en dicha tentativa inacabada, respecto a las pautas que definen ¿cuándo hay "actos ejecutivos" del delito que se resolvió cometer? o ¿cuándo se "penetraría al núcleo" del tipo, de tal manera que pueda decirse que la acción inició la ejecución del delito que se quería consumir? Pues si bien es verdad que un indicador puede serlo la concreción de los medios o de otros elementos típicos que circunden la acción, lo cierto es que tales elementos pueden darse en casos donde el fin del sujeto sea concretar una acción distinta a la descrita en el tipo penal. Por ejemplo, se ejerce violencia para realizar ciertos manoseos en la víctima, distintos al fin de imponerle cópula.

Otros ejemplos se ven en las tesis de rubros y fuente siguientes:

"TENTATIVA DE ROBO, ALLANAMIENTO DE MORADA".<sup>256</sup>

"TENTATIVA, ROBO".<sup>257</sup>

Además, las pautas de "iniciar la acción" o "penetrar al núcleo" del tipo respecto a la tentativa inacabada, como ya se dio, no dejan de ser imprecisas, pero también son incapaces de resolver los casos de tipos penales que no contemplen medios o circunstancias de ejecución. Por ejemplo, el homicidio simple doloso.

251 J Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., T. I., p. 242, nota, 94.

252 Jiménez Huerta, Mariano, op. cit., T. I., p. 242.

253 Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Vol. CXXVIII, Segunda Parte, p. 19

254 Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Boletín 1961, p. 14.

255 Informe 1956, Semanario Judicial de la Federación, p. 65; resuelto el 11 de noviembre de 1959. Ponente el Sr. Mtro. Rodolfo Chávez SS. Srío. Lic. Fernando Castellanos.

256 Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, t. XLIV, p. 107,

257 Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, t. XXXVI, p. 89.



## III. Teoría de la univocidad de la conducta de ejecución

1. Para que una conducta se considere de ejecución ha de evidenciar en sí –y por sí–, o por la unidad de sentido de sus actos u omisiones, la resolución del agente de consumir un delito. A ello se le llama “univocidad” de la conducta de tentativa. Lo cual no sucede respecto a una violación, si el agente manosea el cuerpo de otro sin su consentimiento, pero sin que aquél emplee la violencia, o aun utilizándola, no realice maniobras que por sí mismas o en su unidad de sentido evidencien su fin de imponerle al otro la cópula.

Es claro pues que, por su equivocidad, aquellos tocamientos abusivos son preparatorios y atípicos de tentativa punible de violación. Pues la dinámica de los mismos no evidencia que el fin del agente sería imponer la cópula. Por ello, la ejecución de los actos u omisiones que concreten la tentativa punible se identifica por el carácter “unívoco” de aquéllos en relación con el fin de consumir cierto delito, sin perjuicio de también examinar, en su caso, la aptitud del penúltimo acto de concretar con el siguiente el tipo penal del delito propuesto (requisito de peligro al bien protegido).

Así se desprende del criterio siguiente, sostenido por la SCJN:

“TENTATIVA, ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA. Para que la tentativa sea punible se precisa, como primer elemento, que el agente realice actos directa e inmediatamente, encaminados a la comisión del delito de que se trate, y como actos de esa especie sólo se pueden tener aquellos que por su propia entidad, sin lugar a ambigüedad de significación, se presentan como integrantes de un proceso dirigido a la realización del hecho típico cuestionado; el segundo elemento es la circunstancia de que el delito no se llegue a consumir por causa ajena a la voluntad del agente”.<sup>258</sup>

2. Para determinar la univocidad de la conducta no deben examinarse aisladamente los distintos actos, pues aquélla puede concretarse con un solo acto o con una pluralidad de ellos o de comportamientos activos-omisivos que en su unidad de sentido revelen el fin de cometer el delito propuesto. Así, los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 39 –que se propone–, aluden a “...los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo...”. De esta manera, debe atenderse al desarrollo de la conducta, de tal guisa que en su íntegro contexto permita una sola conclusión: la resolución de cometer un delito determinado.

3. La pauta de univocidad de los actos constitutivos de tentativa punible ya permite un primer deslinde entre actos ejecutivos y preparatorios. Pues en la medida que un acto o una serie de ellos, por sí mismos o relacionados ere sí no permitan asumir sin duda el fin de consumir el delito, ellos podrán estimarse preparatorios y por su equivocidad no podrán considerarse de ejecución, ni por ende que sean constitutivos de tentativa punible. Tal es el criterio de las tesis siguientes:

“TENTATIVA INEXISTENTE (JURISPRUDENCIA). La tentativa punible es un grado de ejecución directa inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado, y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa”.<sup>259</sup>

“TENTATIVA. Los actos que integra la tentativa son necesariamente ejecutivos, aun cuando no consumativos, pues precisamente la ausencia de consumación y el principio de ejecución es lo que caracteriza este grado de comisión de los delitos, y mientras el acusado no pase del acto preparatorio que es objetivamente equívoco, no puede hablarse de que se esté en presencia de una tentativa”.<sup>260</sup>

“TENTATIVA, ES INEXISTENTE SI LOS HECHOS EJECUTADOS SON DE SIGNIFICADO EQUIVOCO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si la tentativa, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, consiste en la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación de un delito, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; así los hechos que se imputan a este no son configurativos de delito, o bien, son de significado equívoco, tales hechos preparatorios no deben considerarse como constitutivos de tentativa”.<sup>261</sup>

4. Debe reiterarse que la univocidad de los actos apareja que en su unidad de sentido éstos evidencien el fin doloso del agente. Ya que es la resolución de cometer un delito, la que se exterioriza con el comienzo de ejecución. Y este comienzo será unívoco sólo cuando los actos u omisiones revelen sin duda, ya sea por sí, o por su íntima relación entre sí, la resolución de cometer el delito propuesto.

Así, el dolo del delito que se pretenda consumir se incrusta en forma expresa en la figura típica de tentativa: “La resolución de cometer un delito se exteriorice...”. El que así se constituye en un elemento subjetivo específico del tipo de tentativa punible,

258 1ª. Sala. Boletín 1956, p. 303.

259 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1980, Segunda Parte, Primera Sala, p. 672, 1978.

260 SCJN, Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Boletín de 1961, p. 594.

261 Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte VII-marzo, p. 219.

idéntico al dolo del delito que se quiere consumir. Ese conocimiento y voluntad de cometer un delito determinado podrá establecerse con medios de prueba, pero ello no implicará que, por evidenciarse el dolo, los actos realizados hayan sido necesariamente unívocos.

Ello es así, porque la univocidad se refiere a que el conjunto de actos revele por sí mismo el dolo. Por ende, su naturaleza es objetiva, en cuanto aquellos por sí evidencien la resolución de cometer el delito propuesto. Los actos demostrados son los que en sí o en su unidad de sentido deben permitir establecer dicha voluntad de contenido típico, para considerarlos unívocos.

Por ello, no debe confundirse la univocidad de la acción, con la intención. La primera no puede reducirse a la segunda o viceversa. El agente puede tener resolución delictiva, pero no realizar actos que en su unidad de sentido sean unívocos. Así, la univocidad se refiere a los actos u omisiones, exteriorizados, que por sí mismos o relacionados entre sí, evidencien que se resolvió cometer el delito.

5. Es cierto que la univocidad de los actos será suficiente de ordinario para inferir la resolución de cometer el delito por parte del agente. Aunque también es posible que, aun demostrada la índole unívoca de la conducta, existan datos que racionalmente no puedan descartarse y den apoyo a la manifestación del inculpaado de que su voluntad era distinta a la de cometer el delito que se habría propuesto, por ejemplo, que disparó varias veces al cuerpo del pasivo porque creía que el revólver contenía cartuchos de salva. Caso en el que, si esa declaración tiene algún respaldo, no podrá sostenerse la resolución de matar.

Así pues, se reitera, debe evitarse involucrar –como lo hizo Carrara– a la intención del agente con la univocidad de sus actos. Reduciendo la primera a la segunda o viceversa. Ello equivale a confundir uno de los elementos objetivos de la tentativa punible, con su elemento subjetivo.

6. En efecto, el dolo es elemento del tipo penal de tentativa. Como tal, coincide con el dolo del delito que se pretende consumir. Por su parte, la univocidad se refiere a los actos u omisiones que en su conjunto evidencien la voluntad de cometer el delito, pero los cuales también constituyen un elemento objetivo esencial del tipo penal de tentativa, cual es la índole ejecutiva de la conducta.

Así, la univocidad de los actos será útil para inferir el dolo. Mas si el agente confiesa la intención que tenía, pero no relata en qué consistieron sus actos, o los que narra son equívocos o los probados no revelan sin duda el fin de cometer el delito por parte del agente, ello será suficiente para descartarlos como ejecutivos. También es claro que, en la ley, el dolo del agente es el mismo contemplado para el tipo delictivo que se pretende consumir. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en que la tentativa implica la existencia del elemento subjetivo propio del delito consumado. No hay “dolo de tentativa”; como tampoco cabe la “tentativa culposa”. Ya que la tentativa requiere de actos u omisiones presididos por la resolución de consumir un delito, cual es el del tipo penal hacia cuya concreción se dirige la conducta ejecutiva. Como excepción notable a la corriente que niega la existencia de un “dolo de tentativa”, está la opinión de Binding. Para demostrar que tal dolo sería posible, Binding apeló a la hipótesis del autor que emprende la tentativa a prueba, para establecer la posibilidad de proseguir el delito hasta su consumación.

Binding arguyó “...como la prosecución de los actos hasta la consumación del delito parecería tan solo como un proyecto futuro. Puede darse, por ende, un puro “dolo de tentativa”. Para ello, Binding puso el ejemplo de “quien, queriendo causar la muerte de otro mediante un envenenamiento crónico en varias dosis, encarga a un sirviente de la víctima, puesto al corriente del plan, que dé a su patrono, con el que va a emprender un viaje, una o dos veces una pequeña dosis de veneno cada día”.<sup>262</sup> Sin embargo, Petrocelli refutó el ejemplo de Binding como caso de “dolo de tentativa”. Pues Petrocelli observó respecto al caso planteado, que no es posible escapar a las alternativas siguientes:

“...o se quiere propinar la pequeña dosis de veneno con el fin de solo producir una perturbación que fuese índice (frente a la proyectada, pero todavía futura, acción homicida) de la potencia del veneno; y entonces aquí no existe sino un dolo de lesiones que, como tal, no se presta a entrar en comparación con el dolo de homicidio consumado. O, más allá del fin, por así decir, experimental, se quiere dar encargo al sirviente, conector del fin definitivo, de que dé una o dos de las varias dosis de veneno dirigidas al fin homicida, que luego no se alcanza, y en tal caso existe precisamente aquel dolo del homicidio en grado de tentativa, que es idéntico al dolo del homicidio consumado”.<sup>263</sup>

De lege data la cuestión no presenta duda. Pues según los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 52 del aún vigente CPC, la tentativa requiere de “la resolución de cometer un delito”. Así, el comportamiento del agente ha de reflejar su voluntad cuyo fin esté dirigido a consumir el delito que no se llega concretar por causas ajenas a esa voluntad. El realizar actos solo para intentar un delito, pero no para consumarlo, es una conducta atípica y, por tanto, impune.

8. Del corolario de identidad del dolo de la tentativa punible con el dolo del delito consumado, se deriva que respecto de aquélla sean admisibles las mismas clases de dolo que para el delito consumado. Esto es, la tentativa admite el dolo directo y el eventual. Si

262 Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, reimpresión 1976, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1976, T. II, p. 125.

263 Cfr. cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T II, p. 128.

el agente ya tiene la resolución de robar algo y se reserva para más tarde la elección del objeto, los actos ejecutivos que inicie en tal sentido se deberán considerar de tentativa.

Diferente es la llamada “resolución condicional” en la cual el autor se reserva la decisión de cometer el delito. Porque en tal caso aún no hay dolo. Por ejemplo, el agente entra al banco sin aún decidir robar y solo para ver sus condiciones de seguridad y así persuadirse de la conveniencia de efectuar el latrocinio en un futuro. En tal orden de ideas, el dolo también será inexistente cuando el agente se reserva la resolución de cometer el delito para la ocasión en que ocurra cierta condición, como sucede cuando piensa que, si se encuentra de nuevo ante un individuo y éste lo insulta otra vez, entonces lo lesionará o matará. En tales casos es la existencia del dolo la que está condicionada.

También es posible que el agente haya resuelto cometer el delito, aunque aún no inicie su ejecución, por lo que tal dolo anticipado seguirá siendo típicamente irrelevante mientras el agente no inicie la ejecución del delito propuesto. Por ejemplo, el agente esconde objetos en su carro para ingresarlos ilegalmente al país cuando pase por la aduana, pero primero pernocta en un hotel, ya que hasta ahí sólo puede hablarse de un acto preparatorio, sin que sea unívoco del fin delictuoso y menos apto para poner en peligro al bien jurídico.

Asimismo, faltará el dolo si el médico se reserva decidir sobre el aborto, sino hasta después de examinar a la mujer. Mas si el galeno decide practicarlo, será equívoco que la mantenga en postura de exploración ginecológica, pues mientras no saque instrumentos que sirvan para el aborto, aquel acto será preparatorio del aborto.

9. Para determinar el carácter unívoco de los actos, en su caso habrá de atenderse los complementos de la acción. De tal guisa que cuando el agente ponga las condiciones para que ellas de por sí originen el resultado, dicha conducta ya debe considerarse ejecutiva. Ya Beling subrayó que “...el complemento no debe separarse del acto, con lo que éste no podrá ya ser considerado en forma aislada”.<sup>264</sup> Es claro que, si el agente se vale de instrumentos para producir el resultado, ellos fungirán como *longa manus* de la conducta ejecutiva del agente, que los puso en marcha para consumir el delito, con independencia que luego aquél se ocupe otros menesteres o incluso se olvide del asunto.

Operan, por ejemplo, como instrumentos del autor, los artefactos activados para hacer detonar la bomba, el perro amaestrado para sustraer la cosa, el sujeto que, ignorante del veneno vertido en un vaso que contiene en apariencia agua pura, lo entrega a la víctima por encargo del autor, o incluso cuando éste lo pone al alcance de aquélla, en condiciones de tiempo, modo y ocasión, para que ingiera el mortífero contenido.

En todos esos supuestos, es nítido que deba considerarse ejecutivos los actos dolosos que ponen en marcha los medios ciegos que coloquen al bien jurídico en peligro de ser lesionado y que en su decurso normal producirán el resultado deseado, sin que se requiera de un nuevo impulso del autor, aun cuando el resultado no se produzca por causas ajenas a su voluntad. Como sería si antes de estallar el explosivo, un tercero desactiva el mecanismo, o el tercero inocente o la propia víctima, descubren el verdadero contenido letal del vaso, antes de su ingestión.

De aquí que Welzel destacara que el carácter ejecutivo de la conducta debe estimarse con un enfoque objetivo-individual, es decir, sobre la base del plan del autor que con su acción coloque en peligro al bien (juicio *ex-ante* individual) y no desde el punto de vista de un espectador hipotético que no conoce el plan delictivo (prognosis *ex-ante* impersonal). Pues según él, si se partiera desde este último plano, tendría que convenirse que no sería acto ejecutivo encender una mecha, azuzar al perro o colocar en manos de la víctima el agua envenenada.

Soluciones que son discutibles, porque los referidos actos serán unívocos e idóneos en la medida que según las circunstancias predeterminen el resultado típico, que solo no se daría por circunstancias extraordinarias ajenas a la voluntad del agente.

10. Diferente es cuando interviene un tercero que determina a otro a cometer un delito, donde la conducta del primero quedará como acto preparatorio, a menos que el determinado inicie la acción ejecutiva que resolvió por la determinación. Son ilustrativos los ejemplos de Jiménez de Asúa, de quien quiere envenenar a un magnate y se pone de acuerdo con el cocinero, quien recibe de manos del ácrata el producto venenoso, para colocarlo en la comida que aquél ingerirá y, sin embargo, el cocinero se arrepiente y no coloca el tóxico; o de quien quiere colocar una bomba en el dormitorio de un compañero, pero el agente la guarda en su cuarto hasta la noche, donde el explosivo estalla.<sup>265</sup>

11. Unas palabras sobre el autor mediato. Se sostiene que será preciso que el autor mediato domine a otro que inicie la conducta objeto de dominio y, además, que esta consista en actos unívocos e idóneos, que al menos aparezcan un inicio de ejecución. En tal caso, el dolo existirá en el autor mediato. En tanto que el sujeto de adelante actuará de modo unívoco, y su comportamiento y los medios de aquél revelen la resolución del mediato autor, de cometer el delito propuesto, y coloquen en peligro al bien jurídico.

264 Beling, Ernesto, *La doctrina del delito tipo*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1944, p. 02 y ss.

265 Op. cit., *La Ley y el Delito*, p. 480.

En sentido diverso y apelando al plan del autor, se estima que, si bien es inadmisibles la tentativa de dominación dolosa, lo cierto es que el autor mediato es una clase de autoría. De tal suerte que con apoyo es esos dos últimos extremos, en los casos en que el sujeto de adelante ignore el fin delictuoso del autor mediato, en opinión de Zaffaroni ya será acción de tentativa punible cuando el autor mediato "...coloque balas verdaderas en el arma que utilizará el bromista o el actor".<sup>266</sup>

Aunque luego Zaffaroni precisa que para la relevancia típica también importa que la acción haya puesto en peligro el bien. Por ello cabe precisar que aun cuando el autor mediato ya hizo todo lo necesario para producir el resultado, aún podrá faltar un peligro concreto para el bien. Así, si el autor activa una bomba que detonará en cierto tiempo, el peligro solo será concreto cuando la víctima esté cerca de donde explotará en poco tiempo, de tal modo que la metralla o sus efectos puedan alcanzarla. Y no será acto de ejecución dejar una leche envenenada para que la tome la persona ausente a su regreso, porque mientras esta no vuelva y se dirija a ingerirla (penúltimo acto), faltará un peligro concreto para su vida.

De igual modo, si según el plan del autor, éste quiere intoxicar a la víctima llevándole comida envenenada y para ello coloca la pócima en la comida, pero todavía no se la lleva, aquel acto aún no pone en peligro concreto al bien. Diferente será cuando la víctima ya pueda servirse directamente el alimento envenenado y se enfile a tal menester, pues en tal caso ya surge un peligro concreto para su vida o su salud.

Así pues, serán insuficientes la univocidad y el dolo de la conducta para que el comportamiento se estime de índole ejecutiva. Porque de lo contrario se puniría por el fin de delinquir mediante actos unívocos, pero sin que éstos aún pongan en peligro concreto al bien protegido del delito propuesto, o de ponerlo en peligro con el penúltimo acto apto para consumarlo.

De aquí que los actos serán ejecutivos del delito propuesto que se inconsuma por causa ajena a la voluntad del agente, cuando aquellos sean unívocos, esto es, cuando los actos en su unidad de sentido revelen sin ambigüedad, la resolución de cometer el delito, además, en el agente exista el dolo de consumación de dicho delito y aquellos actos hayan puesto en peligro de lesionar al bien jurídico. Elemento este último del que cabe ocuparse con más detenimiento.

### C. EL PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO PROPUESTO EN LA FASE DE EJECUCIÓN

#### I. La teoría de la idoneidad de la conducta de tentativa

1. La voz "idónea", según el Diccionario de la Lengua, quiere decir "adecuada, apropiada para algo", y es sinónima de "apta" y "capaz".<sup>267</sup> En tal sentido, Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez, partiendo del significado de "idóneo", como todo aquello que tiene aptitud para una cosa, consideran que "...penalísticamente los actos u omisiones son idóneos cuando poseen concreta capacidad para producir el resultado".

2. Ciertamente, por definición la tentativa supone que la acción fue inapropiada para producir el resultado. Empero, la idoneidad de la acción en la tentativa se funda en que coloca en un peligro real de lesionar al bien protegido, o tratándose de un delito de peligro, cuando aquélla se traduzca en el penúltimo acto apto para poder realizar el que consumaría el delito y, por tanto, concretaría el peligro descrito o implicado en el tipo.

Y es que si para que se concrete todo tipo penal es preciso que ocurra lesión o peligro de lesionar al bien jurídico: luego, la tentativa punible tendrá como elemento esencial, la capacidad de la acción concreta para lesionar el bien jurídico del delito que se quería consumir (si se trata de delito de lesión), o en los delitos de peligro, de colocar en peligro al bien mediante un acto cuyo subsiguiente consumaría el injusto.

3. Más si ello es así, ¿Por qué no emplear la locución "peligro" de lesionar al bien como segundo atributo de la fase de ejecución de la tentativa punible, en vez de "idoneidad" de la conducta como locución sucedánea a la del peligro, cuando resulta que, aun cuando empleada por la práctica judicial y forense, en realidad el peligro del bien jurídico es el elemento típico propio de la tentativa punible, conforme a la ley?

En tal contexto, se ha generado la teoría del plan objetivo individual del autor, la cual no desconoce, aunque convencionalmente, que pueda ser aceptable hablar de "idoneidad" de los actos de ejecución, pero siempre como aquellos que pongan en peligro el bien jurídico del delito que se quería consumir, en una perspectiva objetiva ex-ante de lo que aparezca como el plan del autor.

#### II. La teoría de la postura objetiva individual

1. Partiendo de que las acciones de tentativa no son idóneas para consumir el delito, pues aquéllas por definición no lo consuman, se ha sostenido que la idoneidad de la conducta es un requisito inapropiado. A esta idea se le replica que volvería superfluo el peligro al bien, como elemento de la tentativa, lo cual en realidad no está implícito en la crítica inicial. Asimismo, a ésta se le rebate que aun cuando la tentativa punible apareja una acción inidónea, es porque sólo regula acciones que son relativamente idóneas,

<sup>266</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., Derecho Penal, Parte General, p. 795.

<sup>267</sup> Real Academia Española, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España; <http://www.rae.es/>

pues quedan fuera del tipo las absolutamente inidóneas, precisamente por su incapacidad ex-ante de que generen un riesgo de lesionar al bien jurídico en un caso concreto.

2. De esa manera, la conducta será idónea porque es capaz de lesionar el bien jurídico, o tratándose de un delito de peligro, por ser el penúltimo acto para realizar el que consumaría el delito, actualizando el peligro que el mismo implica, según el plan del autor. O como acota Antolisei “...idoneidad de la acción equivale a peligrosidad de ella al ser capaz de consumir el delito”.<sup>268</sup> De aquí que una conducta no deba considerarse como idónea o inidónea en abstracto. Ya que la idoneidad de la conducta se determina porque según el plan del autor pone en peligro al bien jurídico, debido a su aptitud de que el acto siguiente consume el delito, o para que aquella origine el resultado, que por causas ajenas a la voluntad del agente deja de darse.

3. El plan del autor equivale a cómo él realiza la acción. Los actos u omisiones han de ser capaces ex-ante de poner en peligro real al bien jurídico, o para que el siguiente acto consume el delito si éste es de peligro. Entendida así, la concreción del plan del autor se concibe en la visión de la llamada “teoría objetiva individual” que adopta Zaffaroni. La cual, como él señala, “...preserva una consideración objetiva que permite mayor aproximación a la determinación del momento en que el peligro de lesión comienza a ser típicamente relevante”.<sup>269</sup>

Y ello es así, porque aquel enfoque permite determinar de qué manera la acción de tentativa punible será idónea, en cuanto conforme al plan del autor, ex-ante ponga en peligro real de lesionar al bien jurídico por ser capaz de producir el resultado o, en su caso, de realizar el siguiente acto que consumaría el delito de peligro.

4. Ante la teoría objetiva individual que introduce el plan del autor para valorar la idoneidad, se plantea la duda de ¿si lo determinante será la realidad o la representación del autor acerca del peligro? Zaffaroni destaca que no puede ser un peligro imaginario, sino uno real. De lo contrario faltaría el peligro al bien jurídico como elemento de la tentativa. Si alguien cree que empieza a engañar a quien ya sabe de la falsedad, no habrá un peligro real de lesionar al bien, sino uno imaginario. Como tampoco habrá tentativa, cuando alguien empiece objetivamente a engañar con un hecho falso que cree verdadero, porque en tal caso, pese a un peligro real, faltaría el dolo del agente.

No se trata pues, de escoger entre un criterio subjetivo o uno objetivo, sino de dar relevancia típica a la conducta en la medida que ambos coincidan. En igual línea y según dicha teoría, disparar contra otro puede considerarse idóneo para producirle lesiones o muerte, pero si se disparó a una distancia muy superior al alcance de la bala, la acción será inidónea para producir el resultado y, por ende, no constituirá una acción de peligro real para el bien.

Ahora bien, como en la tentativa punible, la acción también debe expresar la resolución criminal del autor: por ende, la idoneidad de aquella debe valorarse conforme los conocimientos del agente en el caso concreto –el cómo, según las circunstancias– pone en peligro real al bien jurídico de ser lesionado. Por ello, suministrar azúcar a una persona podría considerarse, en abstracto, como acción inidónea para lesionarla, pero será apta para ello cuando la persona sea diabética y el autor se aproveche de esa circunstancia.

5. Si un elemento de la tentativa es el peligro para el bien. ¿Será punible un solo disparo contra el tórax de alguien provisto de cota de malla que imposibilita herirlo, cuando el autor no sepa de ella? El caso es dudoso. Sin que por ello deba replantearse la valoración ex-ante, que también hace depender la idoneidad de las circunstancias conocidas por el agente. Porque puede admitirse con Antolisei, “...un juicio que atienda a las circunstancias que al momento de la acción conocía el agente”,<sup>270</sup> y de las cuales el agente se aprovecha para volver idónea la acción que de otra manera no lo sería. Pero la cuestión es diferente en el caso planteado.

6. Empero, no será válido negar aptitud (peligrosidad) a la acción para producir el resultado, solo por circunstancias ajenas a ella, porque tal argumento conduce al error de transferir ciertos datos como cualidades de la acción extraños a ésta, cuando más bien, constituyen la causa ajena a la voluntad del agente que evita el resultado (la cota de malla).

Es decir, la idoneidad de la acción por el peligro en que coloca al bien, está en interdependencia con su concreta aptitud de lesionar al bien o, en su caso, para que se realice la siguiente que consumará el delito, lo cual no ocurre por causas ajenas a la voluntad del agente, que bien pueden existir desde antes de la acción, siempre y cuando no sean de tal naturaleza que la vuelvan absolutamente inidónea.<sup>271</sup>

---

268 Op. cit., “Manual”, p. 357

269 E. Raúl Zaffaroni et al, op. cit., Derecho Penal, Parte General, p. 792.

270 Op. cit., “Manual”, p. 357

271 Al respecto, ver Kaersten Gaede, Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude a subvenciones, en la obra colectiva de Roland Hefendehel (ed), La Teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2007.

Así, la teoría objetiva-individual con esa perspectiva, también evita que se pongan a cargo del agente acciones cuando la falta de peligro obedece a un cálculo supersticioso o grosero sobre poder consumir el delito en ciertas circunstancias que permiten asumir la imposibilidad de lesión. Y es que –como dice Zaffaroni–:

"...por definición de la tentativa punible, el plan del autor nunca alcanza su objetivo. La tesis objetiva-individual, que introduce en la valoración al plan del autor, trata, pues, de no cargar al agente con un peligro imaginario, ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real, por él conocido".<sup>272</sup>

7. Por ello, atender al plan del autor tampoco querrá decir que al peligro se le vuelva subjetivo, ya que la idoneidad de la acción se valora al momento en que se efectúa, según su capacidad real de lesionar al bien al realizarla, o en su caso, para llevar a cabo el siguiente acto que consumaría el delito propuesto. De allí que Zaffaroni precise "...la tentativa comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión del bien jurídico según el plan concreto del autor".<sup>273</sup>

Pero, además, tratándose de tentativa acabada, si en un juicio ex-ante emitido al momento de expresarse la acción, ésta sea idónea para producir el resultado, tal idoneidad no faltará cuando la imposibilidad de originar el resultado esté predeterminada por una causa ajena a la voluntad del agente, pero que sin ella sí produciría el resultado.

Por supuesto que también será tentativa punible cuando el agente dispare varias veces, sin ton ni son, contra la persona que porta el chaleco antibalas –como sucede casi siempre–, de tal guisa que la acción será idónea o peligrosa, porque en esas circunstancias los disparos tienen la capacidad de herir al pasivo en su cabeza, cuello, ingle o arteria femoral, ocasionándole la muerte. Casos donde el peligro al bien jurídico será real en virtud de una acción que tuvo la capacidad concreta de producir el resultado. Exigencia ésta que se desprende de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 49 de la Iniciativa, pues en ellos se establece que han de realizarse "los actos ejecutivos que «deberían producir» el resultado". Así se desprende también de la tesis siguiente:

"TENTATIVA DELICTUOSA. ELEMENTOS PARA QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO SEA IDÓNEA PARA INTEGRARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). De la interpretación del artículo 27 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, se advierte que los elementos de la figura jurídica de la tentativa son los siguientes: 1) El subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un ilícito; 2) El objetivo, consistente en los actos realizados por el agente del delito, que deben ser de naturaleza ejecutiva; y 3) El negativo, que radica en que el resultado que normalmente debía de producir el injusto de que se trate, no se verifique en el mundo fáctico por causas ajenas a la voluntad del agente del delito; por consiguiente, la conducta desplegada por el sujeto activo debe ser idónea a la consecución del resultado del delito, esto es, para que un determinado actuar cuente con tales características y sea penalmente reprochable a título de tentativa, debe atenderse al análisis del proceso ejecutivo de la conducta desplegada por el agente, en la cual exteriorice, sin lugar a dudas, la resolución de cometer un delito determinado mediante verdaderos actos ejecutivos que se dirijan hacia el verbo o núcleo del tipo, pero además, tal comportamiento debe ser objetivo y concretamente adecuado para producir el resultado y crear un específico estado de peligro para el bien jurídico tutelado por el tipo del delito hacia el cual se dirige. Por tanto, la autoridad jurisdiccional al decidir sobre la situación jurídica de un indiciado a quien el representante social le atribuye haber cometido un injusto en grado de tentativa, debe examinar si se dan los anteriores elementos, resolviendo fundada y motivadamente al respecto".<sup>274</sup>

8. Asimismo, podrán concretarse algunos de los elementos del tipo de que se trate, pero sin que los actos aún sean suficientes para afectar al bien. Así sucede cuando aun habiéndose simulado el contenido de un documento privado, éste se guarda en vez de realizar actos para su tráfico jurídico ante a otros, o bien no se lleva a un fedatario público como si aquél fuera verdadero, pues en tales casos, faltará el acto que ponga en peligro concreto la "fe pública",<sup>275</sup> como bien protegido en el tipo de falsificación de documentos.

#### G. TENTATIVAS APARENTES Y DELITOS IMPOSIBLES

1. Las tentativas aparentes y los delitos imposibles no son tentativa punible. La tentativa será aparente cuando falte el presupuesto de algún elemento típico del delito que quería cometerse o bien el elemento en sí. Los disparos al cadáver de una persona no tipifican un homicidio en grado de tentativa, pues es imposible poner en peligro de morir a quien ya está muerto; como igual será irrealizable el robo cuando se intenta el apoderamiento de la cosa propia que se crea ajena, o cometer un adulterio cuando en realidad se trata de la propia esposa. Asimismo –siguiendo a Zaffaroni– no habrá posibilidad de intentar un peculado si el sujeto cree que es servidor público, cuando en realidad no lo es, o bien falte aquella calidad en relación con un tercero, como cuando se quiere sobornar a quien no es testigo.

<sup>272</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., pp. 792 y 793.

<sup>273</sup> Ídem., op. cit., p. 793.

<sup>274</sup> Tesis: XIX., 2o.34 P, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 1141. Véase Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 169-174, Segunda Parte, p.154, tesis de rubro: TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA."

<sup>275</sup> Para consultar el significado de "fe pública" es indicado ver el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.

Así, la tentativa será aparente debido a la inexistencia concreta del bien jurídico o de otro presupuesto o elemento objetivo del tipo. Por ello, ni siquiera podrá iniciarse el abandono de un atropellado que muera de manera instantánea por el impacto del vehículo, porque el tipo penal supone el peligro para la vida o el agravamiento de la salud del pasivo, lo que es imposible que ocurra cuando aquél ya falleció.

También puede acontecer que al realizarse la acción ya esté ausente el disfrute del bien, por ejemplo, la relación sexual entre dos personas cuando ambas padecen la misma enfermedad contagiosa, transmisible por aquella vía. En todos esos casos no se irroga el peligro al bien y la tentativa será aparente, o algunos de los elementos objetivos del tipo penal, sólo existen en la imaginación del autor.

2. De todos modos, la impunidad de la tentativa aparente no es pacífica. Zaffaroni da cuenta de la tesis subjetivista de los tribunales alemanes, en un principio alimentada por von Buri –y apoyada ahora por Jakobs<sup>276</sup> y un sector importante de la doctrina alemana– que se basa en una falsa compensación que da pie a una justicia aberrante de acuerdo con el siguiente lema: “así como toda ignorancia de toda característica del tipo excluye el dolo, toda falsa suposición de una característica del tipo debe fundarlo”. Frente a esa postura Zaffaroni puntualiza: “...la simetría no es verdadera, puesto lo que pretende fundar no es el dolo, sino la tipicidad objetiva, sin la cual no puede preguntarse si hay dolo, puesto que jamás...[será]...posible asentarlos sobre ningún elemento objetivo que, por definición, no existe”.<sup>277</sup>

La semejanza de estas tentativas aparentes con el delito putativo es evidente. Con la salvedad que en el putativo la imposibilidad está dada porque no está penalmente prohibida la conducta y se cree lo contrario. Mientras que, en la tentativa aparente, el error reside en creer que concurre un presupuesto o elemento objetivo del tipo, que en el caso concreto no existe. Más, así como se admite que la representación como delito de una conducta no prevista como delito, no puede fundar un injusto y menos la culpabilidad. Hay igual razón para sostener que no puede fundarse la tipicidad de un hecho, cuando uno de los elementos objetivos que lo constituyan solo exista en la imaginación del autor.

Cuando el agente cree que dispara proyectiles, no obstante que se trata de cartuchos de salva, o cree poner veneno en la comida cuando es una sustancia inocua, faltará el medio adecuado para realizar la acción del tipo y, por ende, ésta no será peligrosa para consumarlo. Como igual acontece cuando se hacen conjuros para lesionar a otro, o se intenta una violación vaginal o anal cuando se es impotente. Donde la única diferencia con los casos anteriores, estriba que en éstos últimos el agente no confunde la acción, la cual desarrolla tal y como la imaginó, aunque de todos modos ella en realidad es un no medio, es decir, es irreal por su imposibilidad absoluta ex-ante de lesionar el bien jurídico y de consumir el delito propuesto.

Más si ello es así, luego será muy tenue la diferencia entre la tentativa aparente y el delito imposible. Diferencia que en México no conduce a soluciones distintas, pues tan la tentativa aparente como el delito imposible no son punibles. Así sucede cuando se dan falsificaciones burdas de billetes, pues la evidente tosquedad de la simulación no ocasiona peligro para la seguridad en la autenticidad de la moneda. O cuando se está inmunizado contra el veneno, desde antes de la acción que lo suministra. Al respecto, es ilustrativa la tesis de rubro siguiente:

“TENTATIVA. NO SE CONFIGURA SI LOS ACTOS EJECUTADOS SON DE RESULTADO IMPOSIBLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).<sup>278</sup>

Acontece de igual modo, cuando se intenta engañar para obtener un lucro, si el titular ya sabe desde antes la mentira que se emplea en el pretendido engaño, según ya lo han sostenido los tribunales.<sup>279</sup> Por último, aparejará imposibilidad de peligro al bien jurídico, cuando haya error provocado por agente encubierto en delito de peligro, si acaso el agente provocador se asegura desde antes que no ocurra tal peligro. Ejemplo, el incauto a quien, el agente provocador y encubierto, le entrega un arma cuya portación esté prohibida, para inmediatamente detenerlo por ese motivo.

3. Las tentativas aparentes ocurrirán cuando falte ab-initio algún elemento del tipo objetivo según el delito propuesto. Como también cuando el agente sólo tiene la ilusión de emplear un medio que, al no existir, predetermina la imposibilidad de una acción peligrosa. De igual modo no habrá tentativa punible, si la acción no puso en peligro el bien jurídico por la forma del todo inadecuada en que se empleó el medio, o por insuficiencia o defecto notorios de éste, un accidente del objeto, o una previa neutralización del peligro.

---

276 Jakobs, Günter, Estudios de Derecho Penal, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 326 y ss.

277 Ídem., Zaffaroni, Eugenio Raúl, ... op. cit., p. 798.

278 Tesis VI.P.42 P, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, p. 1035.

279 Al respecto también cabe citar la tesis siguiente: “DELITO IMPOSIBLE POR IMPOSIBILIDAD DE LESIONAR AL BIEN JURÍDICO CUANDO QUIEN PUEDE REALIZAR LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL SABE DE LA FALSEDAD ASENTADA. FRAUDE, TENTATIVA DE. DELITO PROVOCADO (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA). Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. CXXIV, p. 385.

Distinta será la estimación cuando al sujeto pasivo, que va en carro, se le persigue detrás con otro coche y desde éste el conductor dispara su arma fuera de la ventanilla y hacia donde aquél se halla, porque esos datos ya revelan la peligrosidad del medio para privarlo de la vida. Sin que la consideración cambie porque la persecución se realice a campo traviesa, pues, aunque la irregularidad del terreno dificulte que los disparos sean certeros, de todos modos, los disparos continuados hacia la víctima, en cualquier momento siguen siendo peligrosos para matar al conductor perseguido.

#### H. EL DELITO EQUIPARADO A LA TENTATIVA PUNIBLE EN EL CPC

1. El artículo 50 de la Iniciativa equipará a la tentativa punible, cuando el agente:

“...exteriorice su resolución de cometer un delito, mediante actos unívocos de ejecución para consumarlo, o ejecute todos los actos que deberían producir el resultado típico propuesto, u omitiendo los que deberían evitarlo, si el delito no se consuma o el resultado no se produce, porque el titular del bien jurídico u objeto hacia los cuales se dirige la acción, no se encuentren en el lugar que respecto a aquéllos motivan la ejecución, a pesar de que cabía esperar que los mismos se hallaran ahí.”

2. En estos casos el peligro al bien es real, pero potencial, porque aun siendo adecuada la acción, el delito no se consuma o el resultado no se produce “...porque el titular del bien jurídico u objeto hacia los cuales se dirige la acción, no se encuentren en el lugar que respecto a aquéllos motivan la ejecución, a pesar de que cabía esperar que los mismos se hallaran ahí”. Y, por tanto, de haber estado el titular del bien o el objeto en el lugar que cabía que estuviesen, se habría lesionado al bien. De ahí que sea incorrecto estimar que el artículo 50 de la Iniciativa puniría por la peligrosidad del sujeto, desatendiendo que en esos casos la acción ejecutiva pone en peligro al bien, pues, aunque el mismo es potencial, también es real.

Así, será insuficiente para que se concrete tentativa punible equiparada, por ejemplo, que alguien deje una bomba en la recámara de la persona que sería víctima, la cual estalla cuando ésta se haya ido de viaje desde antes y según lo programado por ella. Porque en tal caso, la persona que sería víctima “no podía estar en el lugar y la ocasión” (según lo exige el tipo en comentario). Un indicador es la ejecutoria siguiente:

“ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. SE CONFIGURA AUN ANTE LA FALTA O INEXISTENCIA OCASIONAL DEL OBJETO MATERIAL.”<sup>280</sup>

3. La conducta equiparada a la tentativa punible, apareja un peligro potencial pero real, por tanto, es inconciliable con el delito de consumación imposible como disparar contra un cadáver. Tampoco habrá dicha tentativa equiparada cuando el error en la idoneidad del medio se deba a superstición o motivo similar en el que sea grosera la apreciación de la supuesta idoneidad del medio o resulte ser de la misma índole el cálculo de su capacidad causal. En tales casos es claro que incluso el peligro potencial es imposible.

Tampoco habrá tentativa equiparada –y menos tentativa– punible, cuando el agente provocador induce a error al incauto, para atraparlo antes que éste inicie la ejecución. Pues si desde antes se impidió la ejecución, falta la base de actos unívocos a los que hubiera que imputar el peligro potencial. Diferente es cuando el error se provoca después de iniciarse la ejecución, para impedir la consumación del delito o detener al agente. Por ejemplo, se simula que se pagará al extorsionador, para detenerlo cuando se disponga a tomar el dinero. Pues en tales casos el extorsionador ya inició la ejecución.

De allí que, aun cuando la conducta del autor sea típica, la del agente provocador sea atípica al ser posterior al inicio de la acción ejecutiva que generó el peligro y que aquél no provocó. Además, porque en ese caso, el delito se inconsuma por la voluntad del agente provocador, sin que haya sido presionado para ello. Así, el agente provocador no participó en la ejecución, tampoco originó el peligro ni contribuyó a él, y lo frena, impidiendo la consumación. Igual –como se dijo– hay causa de insubsunción típica respecto del elemento negativo de la tentativa punible respecto al agente provocador, porque –al menos en algunos de esos casos– el delito se inconsuma por su propia voluntad y no por causa ajena a ella. Lo cual nos lleva al siguiente elemento de la tentativa punible.

#### I. EL ELEMENTO NEGATIVO DE LA TENTATIVA PUNIBLE

1. La tentativa punible requiere de un elemento negativo para que aquella se tipifique. Pues conforme a los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 49 de la Iniciativa, se precisa la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. En tal sentido, es obvio que en prelación lógica a la inconsumación no querida por el agente, ya debe haber inicio de ejecución mediante actos unívocos por los que se exterioriza la resolución criminal, colocando en peligro al bien protegido del delito que se quería consumir.

Cuando se interrumpe el proceso ejecutivo por causas ajenas a la voluntad del agente, se está ante tentativa inacabada. Mas cuando se completa la ejecución, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, se estará ante la tentativa acabada. En uno y otro supuesto la acción ejecutiva del autor ocurre antes del momento en que se evidencia la causa impidente de la consumación, ajena a la voluntad del agente. Y si aquella sobreviene, en nada empece que luego el autor se desista o arrepienta,

<sup>280</sup> Tesis II.2o.P.154 P, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1857.



dado que la posibilidad de inconsumación “ya se le fue de las manos”, aunque también cuando la causa impidente, ajena a su voluntad, en la perspectiva del agente, ya aparezca como obstáculo que le impediría lograr el resultado propuesto.

2. Lo anterior viene a cuentas porque si en la representación del agente las trabas a la consumación eran superables y por decisión libre aquél interrumpe su ejecución o impide el resultado, ya opera su voluntad como causa de inconsumación y, por ello, la conducta ya no podrá concretar el supuesto de tentativa punible, debido a la falta de su requisito negativo. O, dicho de otro modo, si el agente detiene la ejecución o impide el resultado por decisión libre cuando aún cree poder consumir el delito, la tentativa dejará de darse debido a la voluntad de aquél, lo que opera como causa de insubsunción típica al incumplirse la condición negativa exigida en el tipo: consistente en que el delito se inconsume por causas ajenas a la voluntad del agente.

3. ¿Cambia la situación cuando son varios los que intervienen y sólo alguno o algunos desisten o se arrepienten?

a) Un sector de la doctrina estima que dicha causa de inadecuación típica sólo beneficia a los autores o partícipes que se desisten o arrepienten. Sin que deba favorecer a quienes no se desistieron ni arrepintieron, pues para éstos subsiste la condición negativa de la inconsumación del delito por causas ajenas a su voluntad. Así, Pavón considera: “...el desistimiento del autor principal no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes hayan verificado actos ejecutivos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor”.<sup>281</sup> Y abunda:

“...para el partícipe no hay atipicidad en sus actos, pues la inconsumación del evento ha sido debida a causas ajenas a su voluntad, satisfaciéndose así todos los extremos del artículo 12 en relación con la especial situación de que se trate, regulada por el artículo 13 del CPF.”<sup>282</sup>

b) Sin embargo, esa postura, aunque en parte correcta, adolece de una falencia, pues desatiende el principio de accesoriedad de las conductas de los determinadores o cómplices a la conducta «típica dolosa» de los autores, porque si éstos son quienes se desisten o arrepienten, no podrá sostenerse que concretaron el tipo de tentativa punible, dado que aquél se inconsumó precisamente por voluntad de los mismos autores, y no por causa ajena a ellos, para que así las conductas de los partícipes no autores pudieran tener relevancia típica.

c) Así, los determinadores y cómplices sólo pueden responder penalmente de su “determinación” a otro, o de su “auxilio” a otro, si el delito alcanza al menos el grado de tentativa punible por parte del autor. Mas si éste se desiste o se arrepiente de tal modo que el resultado no se produce por la propia voluntad del autor, no podrá sostenerse que éste concretó el tipo de tentativa punible, dado que el resultado dejó de darse precisamente por voluntad de aquél, y no por causa ajena al mismo. En otras palabras, la conducta de tentativa del autor será típica no solo porque realice actos ejecutivos –unívocos e idóneos– para consumir un delito, sino, además, porque él se inconsuma por causa ajena a la voluntad de aquél. Lo cual no sucede si es el mismo autor quien por su voluntad libre se desiste o arrepiente.

d) Distinto será cuando un partícipe no autor sea quien voluntaria y libremente neutralice su ayuda al autor o le impida consumir el delito, porque en tales casos los motivos de inadecuación típica, sólo favorecen al partícipe que actuó por tal razón, pero no así al autor ni, en su caso, a los demás partícipes, en tanto que frente a ellos subsiste la tipicidad de sus conductas frente al delito que dejó de consumarse por causa ajena a su voluntad, que como tal, tiene su contenido subjetivo y, por tanto, sólo beneficia a quien actuó bajo tal razón.

e) Así lo sostienen Delitala y Vannini, quienes recuerdan que la tesis de la accesoriedad limitada parte de una premisa fundamental, la adecuación típica y la calificación antijurídica de la acción.<sup>283</sup> De lo cual se sigue que, si no existe una previa adecuación de la conducta del autor a los moldes del tipo penal del delito aplicable, no existe base para que a los partícipes se les impute el hecho –que ni siquiera tiene el carácter de típico–. El mismo Pavón lo expresó así, “...la conexión del partícipe con la conducta del autor ejecutante hemos de hallarla, necesariamente, en una accesoriedad limitada, en cuanto basta, en nuestro código penal, la calificación delictuosa del hecho, cometido en forma principal por el autor material”.<sup>284</sup>

4. La participación en la tentativa punible es perfectamente posible. Lo imposible es la tentativa de coparticipación. Ya que los actos de los partícipes –aunque asuman sus formas típicas de intervención– sólo pueden ser penalmente relevantes cuando el autor inicie la ejecución del delito, que no se consuma por causas ajenas a la voluntad de aquél, pero no antes de tal concreción típica. Y precisamente por tal dependencia, la inconsumación del delito por causa de la voluntad del autor beneficiará a los partícipes. A diferencia de cuando la inadecuación típica se deba a la voluntad de los partícipes, donde aquella sólo se reflejará en quienes concurra tal causa subjetiva de atipicidad, y no en los restantes ni en el autor, respecto de los cuales el delito no se consumó por causa ajena a su voluntad.

<sup>281</sup> Ídem, La Tentativa, p. 110.

<sup>282</sup> Ídem, pp. 108 y ss.

<sup>283</sup> Citados por Córdova Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, pp. 106 y ss.

<sup>284</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1984, p. 442.

Lo anterior es así, porque el tipo de tentativa punible sólo entra en función cuando la ejecución se interrumpe o no se produce el resultado “por causas ajenas a la voluntad del agente”. Se da así en prelación lógica, antes de una causa de exclusión de la pena, una causa de atipicidad respecto de quien se desiste o rectifica de aquella manera. Así lo reconoce Pavón Vasconcelos, quien en su obra “*La Tentativa*” afirma:

“...la impunidad en tales casos, de los hechos ejecutados, surge como una clara forma de atipicidad y el mismo precepto impide la conformación de los elementos de la tentativa punible, siendo ésta inexistente al no producirse el resultado por causas derivadas de la espontánea voluntad del agente”.<sup>285</sup>

De ahí que debido al fenómeno de la accesoriedad de la conducta de los partícipes a la conducta típica del autor, cuando éste voluntaria y espontáneamente se desista o arrepienta, su conducta atípica beneficiará a quienes serían partícipes; pero si quien desiste o rectifica es un partícipe neutralizando la conducta del autor e impidiendo la consumación del delito: de todos modos subsistirá la significación típica del hecho para los autores o partícipes que no se desistieron ni rectificaron, pues ante ellos el delito se inconsuma por causa ajena a su voluntad. Sin que quepa ampararlos con una causa de inadecuación típica que es prevalentemente subjetiva y que, por ello, sólo beneficia a quien actúa con motivo de ella.

## J. DESISTIMIENTO Y RECTIFICACIÓN EN LA TENTATIVA

1. Lo expuesto lleva de la mano a una cuestión capital. Pues si la tentativa punible exige la inconsumación del delito propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente. Luego, cuando la persona desiste espontáneamente del delito durante su ejecución o impide su consumación, existirá una causa de inadecuación típica por incumplirse el último elemento negativo de la tentativa – contemplado en los artículos 12 del CPF, 21 del CPDF y 51 de la Iniciativa–. Es decir, no se concretará el último elemento negativo de la tentativa, en virtud de que el delito se inconsuma por la misma voluntad del agente en tal sentido. Voluntad de inconsumación que surge después de que se inicia la ejecución y en sentido inverso al de la voluntad original del agente de consumir el delito propuesto.

2. En efecto, el artículo 51 de la Iniciativa del CPC dispone:

“No será punible la conducta de quien al saber o creer que aún puede consumir el delito, desista de su conducta como persona autora, o bien rectifique impidiendo el resultado a producirse, salvo que sus actos u omisiones constituyan por sí mismos uno o más delitos, en cuyo caso se le impondrán las penas previstas en la ley para los mismos.”

“Para la validez del desistimiento o de la rectificación de un determinador o cómplice, sin que el autor haya desistido o rectificado, será necesario que aquéllos neutralicen la conducta del autor, o bien, que el determinador o cómplice detengan la ejecución ya iniciada por el autor o impidan el resultado.”

3. La doctrina coincide en que cuando hay desistimiento o rectificación eficaz, una sana política criminal recomienda la no-punición. Ya que así se invita al agente a no consumir el delito. Con lo que se consigue la salvaguarda del bien jurídico.

4. Asimismo, en puridad técnica en la tentativa debe diferenciarse al desistimiento de la rectificación eficaz. Esta distinción obedece a dos momentos en el periplo ejecutivo, en los que podrá manifestarse la decisión de retorno: 1°. Cuando está en marcha el proceso ejecutivo del delito. 2°. Y cuando ya se realizaron todos los actos u omisiones suficientes para producir el resultado, que aún está por darse.

En el primer caso hay tentativa inacabada, donde opera el desistimiento, el cual, dice Pavón, consiste en la “...interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado”.<sup>286</sup> En tanto que en el segundo evento se está ante la acabada, donde funciona la rectificación eficaz. Cual es “...la actividad voluntaria, realizada por el autor, que impide la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado”.<sup>287</sup>

En tal orden de ideas, existirá desistimiento cuando la ejecución del delito se interrumpe de manera espontánea por el autor, o cuando sin que éste se haya desistido, el o los partícipes neutralicen la conducta del autor, o detengan la ejecución ya iniciada por el autor. Mas habrá rectificación eficaz cuando realizados todos los actos u omisiones que deberían producir el resultado, éste sea evitado por el autor o partícipes. En uno y otro caso se impide voluntariamente la consumación del delito y operan como causas de inadecuación típica –o atipicidad– de la tentativa frente a quienes se desistieron o rectificaron.

5. No sobra observar, que de lo que se desiste el agente es de un proceso de ejecución que ya se inició. Pues como destacó Soler:

“...plantearse el problema del desistimiento antes de resolver afirmativamente que existe principio de ejecución, puede llevar a situaciones insolubles. Si avisada la policía de que se producirá un asalto, se presenta en el lugar, y los [que serían]

<sup>285</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *La Tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 106.

<sup>286</sup> Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 96.

<sup>287</sup> Ídem. op. cit., p. 113.

ladrones al darse cuenta de que hay vigilancia, después de rondar (acto preparatorio) se retiran, no hay desistimiento (que no sería espontáneo), porque ni siquiera hubo comienzo de ejecución”.<sup>288</sup>

Señaló Welzel, que: “...tampoco en realidad existe desistimiento, si de pronto el autor obtiene o cree poder obtener, sin ulteriores actividades punibles concretamente elegidas, el fin que intentaba conseguir de modo punible.<sup>289</sup> En tales casos falta una nueva voluntad en sentido contrario a la consumación. Por ejemplo, en una violación, la mujer, sobrecogida por el temor, cesa en su resistencia y tolera el yacimiento, que así podrá efectuarse sin que continúe el uso de la violencia física ejercida.

En ese caso existirá delito consumado, a menos que el agente no llegara a la cópula aun pudiendo hacerlo, pues entonces sí existirá desistimiento, con independencia del relieve moral, amoral o inmoral del motivo que lo lleve a abstenerse. ¿Más qué sucede en el caso del agresor impotente que por tal motivo no inicia la cópula vaginal? En tal evento, debido a la absoluta inidoneidad del medio, faltará el peligro de lesionar el bien protegido que motiva la atipicidad del hecho. Y también cabría preguntar: ¿Qué pasa si al ceder la mujer sobrecogida por el temor, el agente, ya sin ejercer violencia, continúa hasta realizar la cópula con ella, con la falsa creencia que la mujer siempre sí la estaría consintiendo libremente? De todas suertes habrá violación en grado de tentativa (en la que no hubo yerro), salvo que sin mediar dichas circunstancias el agente desista.

Criterio análogo es sostenido en la tesis siguiente:

“VIOLACIÓN. TENTATIVA DE, INEXISTENTE. Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos, se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito.”<sup>290</sup>

6. Ahora bien, se afirma que el desistimiento consistiría en una omisión: la abstención de continuar el proceso ejecutivo que se inició; es decir, de no practicar los restantes actos ejecutivos que todavía eran precisos para que el delito se consumara. Sin embargo, siguiendo a Vannini, el desistimiento puede plasmarse también en una actividad positiva. La que se dirige a frenar o incluso a neutralizar los actos ejecutivos ya realizados. Tales son los casos siguientes:

a) En los delitos de comisión por omisión la conducta ejecutiva se integra con un comportamiento omisivo dirigido unívocamente a no evitar el resultado; por lo que el impedirlo requerirá de un acto positivo, como sería el caso de ministrar voluntaria y espontáneamente los alimentos al hijo recién nacido, que antes se le habían dejado de proveer con el designio de que muriera.

b) En los casos de autoría mediata, o por el uso de mecanismos –autoría directa–: donde el inculpable o el instrumento constituyen longa manus del autor. De tal guisa que cuando el proceso ejecutivo está en marcha, el autor interviene para detener la ejecución y evitar así la producción del evento típico. Y, finalmente:

c) En la coparticipación en el delito, cuando un partícipe, tras su voluntaria renuncia al delito propuesto, logra disuadir al autor material para que ya no continúe con el proceso ejecutivo que ya inició. Empero, en estos supuestos, como Maurach lo precisa: “...lo que no puede estimarse suficiente es el simple “no querer participar más”. Quien en su fuero interno se aparta del acontecimiento, pero da libre curso a los sucesos en los que había cooperado, no desiste”.<sup>291</sup>

7. De ahí que sería inválido distinguir al desistimiento de la rectificación con base en la forma omisiva o positiva de la conducta del agente para que el delito se inconsume. Ya que ambas formas pueden operar en el desistimiento. Por lo que la clave estriba en el punto de incidencia del retorno durante el proceso ejecutivo. El desistimiento opera antes de que se dé el penúltimo acto del que completaría la ejecución, impidiendo así que continúe el periplo ejecutivo. Por lo que el desistimiento es propio de la tentativa inacabada. Mientras que la rectificación supone una acción posterior al proceso ejecutivo, que impida el resultado. Por ello, la rectificación concierne a la tentativa acabada.

Así, el desistimiento puede operar tan en los delitos de conducta como en los de resultado. Mientras la rectificación sólo cabe en éstos últimos. Dice Vannini: “...constituye arrepentimiento (rectificación] activo suministrar un antídoto a la víctima envenenada, y desistimiento el arrebatar de las manos de la víctima la copa que contiene el veneno”.<sup>292</sup> Por lo que toca a la rectificación, como ya se realizaron todos los actos que motivarán el resultado, tal retorno implica una posterior conducta que ponga en marcha las fuerzas

<sup>288</sup> Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. II, pp. 234 y 235.

<sup>289</sup> Welzel, H. *Das Deutsche Strafrecht*, p. 177, citado por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. I, p. 137.

<sup>290</sup> Tesis II.2o.P.A.27 P, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 499.

<sup>291</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., T. I, p. 203.

<sup>292</sup> “II Problema”, p. 138 y ss., citado por Jiménez Huerta, Mariano, en op. cit., T. I, p. 204.

que impidan la verificación de aquél. Claro es que la acción que impide la consumación puede ser la del mismo agente o bien ser oriunda de éste, cual es el caso en que él moviliza bomberos o médicos para evitar la consumación del homicidio propuesto.

Sin que ello empiece para que si la ejecución ya se resolvió en lo que sería un delito tránsito, por ejemplo lesiones a efecto de así poder consumir el homicidio: el desistimiento o la rectificación aunque válidos para impedir la tipicidad de homicidio en grado de tentativa, aquellos dejarán intocada la tipificación de las lesiones como delito consumado, en tanto el mismo agente las quiso o aceptó y las produjo como medio para consumir el delito propuesto (principio de subsidiariedad en la aplicación de la ley penal).

8. Con relación al desistimiento –en la tentativa inacabada–: ¿cuándo debe entenderse que aquél será “espontáneo”? según expresión empleada en los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF. Y en el artículo 51 de la Iniciativa del CPC: ¿cómo opera el desistimiento o la rectificación, condicionados a que el agente “sepa o crea que aún pueda consumir el delito”? Y en el arrepentimiento –tentativa acabada– según los CPF y CPDF: ¿sería causa de atipicidad, que por coacción el agente impida el resultado?

Para responder esas preguntas, primero cabe repetir que la cesación del proceso ejecutivo determina la atipicidad de la tentativa, siempre y cuando el agente voluntariamente interrumpa la ejecución (desistimiento) o con igual voluntad impida el resultado (rectificación.) De ello se seguiría que el párrafo último del artículo 12 del CPF y los artículos 21 del CPDF y 51 de la Iniciativa serían sobrados. A menos que su ratio se halle en la necesidad del legislador de acotar la índole voluntaria del desistimiento frente al arrepentimiento. Pues conforme a los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF, el desistimiento debe ser espontáneo y para la rectificación bastará con que se “impida” el resultado.

De lo que se seguiría que la rectificación sería válida aun cuando no fuera espontánea la decisión de retorno. Empero, ello no debe llevar a confusión, porque la rectificación y el desistimiento son formas en las que se manifiesta la falta del último elemento –negativo– de la tentativa, y, por tanto, para que él esté ausente, es preciso que el delito se inconsume por una nueva y libre voluntad del agente en tal sentido –y por tanto, contraria al fin que presidió su ejecución–, lo que también significa que aquél deberá desistirse o rectificar cuando “sepa o crea que aún puede consumir el delito”, y donde, además, mediante la acción de rectificación el agente impida el resultado.

9. El “desistimiento” se manifiesta en la detención de la ejecución, y para que ella no se puna debe obedecer a una decisión “espontánea” del agente, según se dispone en los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF. La “espontaneidad” del retorno igual requiere algunas precisiones para evitar el absurdo de limitarlo a los casos de su literalidad, donde el agente se desista “de propia voluntad, aparentemente sin causa” según el Diccionario de la Lengua; esto es, “sin pensar”, “de improviso”, “sin reflexión”.<sup>293</sup> Pues es cierto que en esos casos habrá retorno válido, pero igual lo es que no son los únicos, salvo que a costa de restringir la espontaneidad a aquellos supuestos, se desatienda la teleología legislativa de no punir el desistimiento, cual es evitar la consumación y, por ende, salvaguardar al bien jurídico de ser lesionado.

Así, la espontaneidad implica a la voluntad y algo más. Ya que el desistimiento debe entenderse como «una nueva y libre decisión del agente de no consumir el delito, aun pudiendo o creyendo poderlo consumir». Condiciones también aplicables a la rectificación. Me explico, si no hay decisión nueva de ya no consumir el delito, o si la decisión es coacta o forzada por las circunstancias de creer no poderlo consumir, el retorno ya no será espontáneo. Por lo que para ello siempre habrá que examinar tres condiciones para que exista un desistimiento o rectificación válidos: 1) Que haya una decisión nueva en sentido contrario a la consumación. 2) Que la decisión sea libre. 3) Que la decisión no se tome porque haya obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación.

Cuando falta la primera condición en realidad no hay desistimiento (ni –en su caso– arrepentimiento). Cuando falten las dos condiciones restantes, el desistimiento o rectificación serán inválidos porque fueron motivados por la creencia de ya no poder consumir el delito. Aunque también cabe advertir que en la ausencia de cualquiera de las condiciones 2) y 3) subyacerá la falta de una nueva voluntad que impida considerar al retorno como desistimiento o arrepentimiento válidos.

En el primer aspecto, la decisión de interrumpir la ejecución, (o de impedir el resultado), implica una congruencia entre el proceso que impide la consumación y el contenido de voluntad del agente en tal sentido. Éste, amén de que interrumpa la ejecución, (o impida el resultado), debe perseguir precisamente que por tal motivo no se consume el delito. Por tanto, la tentativa punible no se excluye si el agente con un proceder voluntario pero erróneo, detiene “sin querer” la ejecución (o impide el resultado). En esos casos la interrupción de la ejecución, (o evitación del resultado), no revela un nuevo contenido de voluntad del agente de inconsumar el delito.

Dicho de otro modo, no hay desistimiento ni arrepentimiento si falta en el agente un nuevo contenido de voluntad directamente contrario al dolo que animó su conducta ejecutiva. Por ejemplo, al estrangular a su víctima y perder ésta la conciencia, el agente la

<sup>293</sup> Real Academia Española, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España; <http://www.rae.es/>

creé muerta, momento en el que percibe la presencia de un casual transeúnte, por lo que grita por ayuda, provocando sin querer el auxilio oportuno de terceros, que, de no haber dado respiración a la víctima, esta hubiera muerto.<sup>294</sup>

Sin que la solución cambie si el autor, creyendo muerta a la víctima suspende su estrangulamiento, cuando en realidad la deja inconsciente. Ya que en tales casos se concreta el elemento negativo de la tentativa, en virtud de que no existió una nueva decisión del agente en sentido inverso al de su voluntad original de consumir el delito propuesto.

10. Asimismo, la decisión de retorno debe ser oriunda de una decisión libre. Por consecuencia, el desistimiento será inválido cuando obedezca a coacción que razonablemente no le permita al agente una elección libre, porque en tal caso, es claro que el agente ya se ve impedido de continuar la ejecución del delito. Así las cosas, el requisito de espontaneidad en la decisión de retorno implica que a la voluntad no se le constriña por la fuerza física o intimidación de terceros para impedir la consumación del delito. Tal violencia no es ya extrema como en la fuerza física irresistible –vis absoluta– donde en realidad no hay ningún desistimiento; sino que serán suficientes las condiciones de la vis compulsiva –esto es, las de un temor fundado de que ya no podrá consumir el delito– para que invaliden el retorno.

También cabe pensar que durante el proceso ejecutivo o antes del resultado, el agente se vea presa del miedo por causa real o ficticia por la que creé que ya no podrá consumir el delito, lo cual le determina al desistimiento, de tal guisa que éste tampoco será válido. No obstante, es importante valorar la naturaleza e intensidad del miedo o temor, el motivo que lo origine y el objeto sobre el cual tal miedo incida. La cautela o alarma serán insuficientes por sí mismas, para negar relevancia al retorno. Por el contrario, será bastante para sostener que no hay desistimiento, cuando la angustia del agente lo constriña a desistirse, al sentir que ya no está en condiciones de consumir el delito.

Así, si bien la cautela o alarma no determinan la irrelevancia del retorno, éste no origina atipicidad cuando el agente crea que ya no puede consumir el hecho. Por ejemplo, el autor percibe que será descubierto antes de consumir el delito, por lo que ante ello y por la que creé segura evitación de la consumación por parte de otros, aquél interrumpe su ejecución o impide por su cuenta el resultado. En tales casos, no es el temor de ser descubierto lo que priva de validez a la decisión de retorno, sino que faltó una nueva voluntad del sujeto en sentido inverso a su decisión de consumir el delito, debido a su convicción de que al ser descubierto sobrevendría una segura evitación de la consumación. Lo cual lleva a la tercera condición.

12. Para que el retorno sea válido igual es preciso que la decisión se tome porque falten obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación.<sup>295</sup> Así, el desistimiento será válido cuando según los conocimientos del agente, los medios a su alcance y las circunstancias, tome la decisión frente a un obstáculo que él podía vencer, según su representación, para consumir el delito. Casos en los que habrá un “puedo, pero no quiero”. Mas el retorno no será espontáneo si se toma ante trabas que en la representación del autor, aparecen como insuperables para consumir el delito. En tales casos el retorno es forzado por la imposibilidad de consumir el delito en la perspectiva del agente. Casos en los que habrá un “quiero, pero no puedo”.

Para determinar lo anterior, ha de atenderse al contexto en que se desenvuelve la acción. La que –observa Soler–:

“...supone también el empleo de ciertos medios, cierto grado de violencia, determinadas operaciones, etc. Cuando esos medios estaban a disposición del sujeto de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, habrá un desistimiento válido”.<sup>296</sup>

De esta manera, el quid del desistimiento o rectificación válidos estriba en una decisión de retorno a pesar de que el agente se representa que aún puede consumir el delito. Debe enfatizarse que si el retorno válido es dejar de hacer algo que al menos se creía que podía hacerse, dicha posibilidad debe encontrar su fuente en la mente del sujeto. Y como tal, son las representaciones del agente frente a la factibilidad de consumir el hecho, las que juegan papel cardinal para sostener un retorno válido.

Soler dice: “...Las circunstancias serán ajenas a su voluntad no solamente cuando el hecho le sea al autor físicamente impedido, sino también cuando ese impedimento se le presente al sujeto psíquicamente “mostrándole su impotencia”.<sup>297</sup> Lo esencial, pues, es la conciencia del agente de poder o no poder. Con independencia de que realmente pueda o no consumir el delito.

De lo anterior se excluyen los casos de delito imposible. Esto es, si el agente se desiste, pero haya imposibilidad absoluta de consumir el delito desde que creyó iniciar su ejecución, ya sea por inexistencia del titular o por la imposibilidad de lesión al bien, o

<sup>294</sup> El ejemplo es de O. Vannini. II Problema, p. 122. cit. por Córdova Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, p. 100. Cabe señalar que –según las fórmulas del CPF y del CPDF– no sucede lo mismo en el arrepentimiento. En tanto que, en relación con él, los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF solo exigen que el agente “impida” el resultado, mas no requieren que los actos de impedir obedezcan a una decisión “espontánea”. Por lo que la tentativa queda impune cuando el agente agote los actos ejecutivos que sí producirán el resultado y creyéndolo muerto pida auxilio, salvando “sin querer” de morir a la víctima, debido a intervención quirúrgica oportuna.

<sup>295</sup> En un amplio sentido esta condición engloba a la anterior.

<sup>296</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, octava reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978, T. II, p. 223.

<sup>297</sup> Sebastián Soler, op. cit., T. II, p. 235.

falte otro presupuesto típico: de tal suerte que no pueda hablarse de peligro alguno. En tales casos no hay siquiera inicio de ejecución por imposibilidad de lesionar al bien jurídico.

13. Más fuera del delito imposible, será indiferente que la causa impidente sea real o ficticia, si es que, en este último caso al agente se le representa como verdadera; “...no desiste de manera espontánea –ejemplifica Soler– aquel que creyó que el perro que ladraba lo acometería, cuando en realidad estaba atado o era de la finca vecina”.<sup>298</sup>

En este cálculo de los obstáculos y su superación, se repara si debe atenderse solo a aquellas trabas que físicamente o según la representación del agente sean un impedimento para la consumación. O también a aquellas que, sin ser impedimento real o psicológico para la consumación, sí impliquen que aquél no consiga un fin ulterior al delito. Ahora bien, nadie duda que falta desistimiento cuando operen causas que impidan objetiva o subjetivamente la consumación. Salvo que las primeras aparezcan un delito imposible, porque, aunque el retorno sería inválido, la tentativa misma era ya de antemano imposible.

Aunque aparte de esto, lo que importa –como dice Soler–: es que la incapacidad que se represente el autor deba ser sólo para la consumación, siendo irrelevante la que va más allá de tal enfoque. También a juicio de Maurach:

“...la ley no permite albergar duda en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad “de la consumación” de la acción típica concretamente elegida. Meditaciones en pro y en contra, distintas a la consumación del hecho, pertenecen a la ética”.<sup>299</sup>

Conforme a tal postura, puede inferirse que cuando se interrumpa la ejecución por el temor a ser descubierto, en ocasiones determinará un verdadero desistimiento –o, además, una rectificación, de acuerdo con el CPC– y en otras no. Pues como expone Soler, según el sujeto vea que será descubierto antes de consumir el hecho, impidiéndole la consumación, habrá tentativa punible. O bien, que el sujeto vea que será descubierto después de consumado el hecho, que nadie actualmente le podría impedir, sí habrá desistimiento.<sup>300</sup>

Por su parte Vannini no admite tales distinciones, pues en su opinión, también el temor a una denuncia y de una consiguiente punición del delito que se creía podía consumir, es motivo para que falte la espontaneidad del desistimiento; esto es, no solo porque se crea que ya no se pueda consumir el delito, sino porque el retorno ocurra por temor sobre reales o supuestas probabilidades represivas. Desistir en estos casos, opina Vannini: “...no significa obedecer al influjo del motivo penal, sino que representa desistir conforme a un motivo distinto del cual el desistente no puede razonablemente dejar de sufrir la influencia”.<sup>301</sup>

Empero, la opinión de Vannini requiere precisiones. Porque el desistimiento por temor a la pena, no excluye por sí mismo su relevancia como causa de atipicidad.

“...La amenaza penal –puntualizan Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo– cumple aquí una de sus funciones primordiales: la función intimidante. La ley penal logra así su objetivo fundamental, que es apartar al sujeto de la comisión del delito y, por tanto, debe considerarse satisfecha, con independencia de que el desistimiento, al ser motivado por el temor a la pena carezca de relieve ético”.<sup>302</sup>

Cabría añadir, quizá, que la ley penal cumple aquí su fin protector del bien jurídico que originalmente se había resuelto lesionar. Además, cabe reiterar que en la ley no se exige que el desistimiento obedezca a un repliegue “moral”, en el sentido de que la decisión de inconsumar se motive por un regreso a sentimientos de probidad o piedad.

Más si para que operen el desistimiento o la rectificación como causas de atipicidad no se precisa que el retorno se deba a móviles éticos, sino solo a que el agente decida interrumpir la ejecución o evitar el resultado, aunque en su perspectiva aun podía consumir el delito. De igual manera, cuando la inconsumación obedece al temor a la pena, tampoco éste quitará relevancia al retorno.

Ello no cambia cuando el retorno se deba a que el agente haya advertido que ya no logrará un fin ulterior propuesto, impidiendo hic et nunc la consumación. Por ejemplo, el autor ya emprendió la intoxicación de su pariente con el fin de heredarlo, pero la interrumpe al saber que el pariente aún no hace su testamento. Cabe igual solución cuando para apoderarse de cierta suma de dinero, el agente se mete a la casa y abre la caja fuerte, pero desiste al advertir, antes de tomar el numerario, que éste es muy inferior a lo esperado. O el agente desiste al darse cuenta de que la cosa está deteriorada, o es distinta a la prevista como motivo determinante del robo.

En esos casos debe admitirse que, aun cuando el agente cree que puede consumir el hecho, sobreviene una causa de interés personal, utilitario, inmoral o reprochable, que le determina a la inconsumación. Al amparo de esos casos, Rodríguez Mourullo

<sup>298</sup> Ídem., Soler, op. cit.

<sup>299</sup> Maurach, R., cit. por Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, op. cit., T. II, p. 205.

<sup>300</sup> Sebastián Soler, op. cit., T. II, p. 235.

<sup>301</sup> Vannini, O. II Problema, p. 122. cit. por Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo en op. cit., T. II, p. 136.

<sup>302</sup> Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 136.

estima que en ellos debe negarse relevancia a la espontaneidad del retorno, el cual –sostiene– “...debe analizarse en términos “jurídico-valorativos”.<sup>303</sup>

Sin embargo, la posición de Rodríguez Mourullo no convence desde el punto de vista del tipo penal de la tentativa. Pues en el mismo se alude a que el delito o resultado “no se consume ni se produzca, por causa ajena a la voluntad del agente”. Por lo que, interpretado en sentido contrario, se deriva que, para la atipicidad de la tentativa a causa de la voluntad del agente, es preciso que esa voluntad esté en relación con la inconsumación.

De aquí que sea certera la opinión de Maurach, de que consideraciones en pro o en contra, posteriores o ajenas a la consumación del delito, caen fuera de lo legalmente contemplado en el tipo de tentativa punible. Ya que “...la propia ley no permite albergar duda alguna en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente elegida”.<sup>304</sup> Así lo ha sostenido la SCJN en la tesis de rubro siguiente: “TENTATIVA, DESISTIMIENTO EN LA.”<sup>305</sup>

Luego, el retorno será irrelevante cuando se deba a la creencia que ya no es posible consumir el delito, según la representación del agente, con independencia de su temor a ser descubierto o de ya no poder lograr un fin ulterior al de la consumación. Mas si aquél deja intacta la posibilidad de consumación según su representación y se desiste o arrepiente por motivos distintos a la imposibilidad de la consumación –como sería que ya no conseguiría un fin ulterior, o por temor a la pena–, dicho retorno debe considerarse como causa de atipicidad de la tentativa, pues el delito se inconsuma precisamente porque agente decidió no consumarlo.

Resta reiterar que en los artículos 12 del CPF, 21 del CPDF y 51 del CPC, para que opere la rectificación será preciso que el agente agote el periplo ejecutivo e impida el resultado, cuando sepa o crea que aún puede producirlo. Mas de ello también se sigue que es insuficiente para la rectificación, que el agente crea que realiza la acción que impedirá el resultado, cuando en realidad actúa bajo un error que le imposibilita evitarlo. Pues para opere el arrepentimiento como causa de atipicidad, el mismo debe ser eficaz, en cuanto evite el resultado.

Ante ello podría argüirse que ese fenómeno se estimaría como caso especial de error de tipo, pues si la inconsumación por causa ajena a la voluntad es un elemento de la tentativa, por ende, cuando es la voluntad errónea del agente la que le mueve a impedir el resultado, se está incidiendo –aunque sea con error– en uno de los elementos de la tentativa y, por lo tanto, en virtud de tal yerro sería admisible la eficacia del arrepentimiento como motivo de insubsunción típica, aunque el resultado acontezca. Empero, tal enfoque equivoca la mira: porque es cierto que el retorno cuando es eficaz origina la atipicidad de la tentativa, pues el delito no se consume en virtud de la voluntad del agente.

Mas también es verdad que cuando el retorno es ineficaz debido a error, el delito de todas suertes se consume debido a la anterior acción ejecutiva del agente –que fue dolosa sin que mediara error–. Por lo que ya no puede hablarse de que hubo un yerro que haya incidido sobre algún elemento del tipo de tentativa punible impidiendo su concreción. Sino de una falencia posterior a la acción que motivó el resultado y, por tanto, irrelevante para la concreción de los elementos típicos de un delito consumado. Porque respecto de ellos no hubo ningún yerro en la conducta ejecutiva dirigida a producir el resultado que ocurrió conforme al fin del agente –cuando realizó su conducta sin tal falla–.

Una cosa es pues la ineficacia de la conducta ejecutiva debido a error para producir el resultado y que integra la tentativa (a menos que el yerro impida en lo absoluto un peligro para el bien jurídico). Y otra muy distinta es la ineficacia de la conducta de retorno que por yerro en su efectividad no impida las consecuencias de la conducta anterior que origina el resultado. Ya que esta conducta de retorno ineficaz deja intocada la consumación del delito respecto del cual no hubo alguna equivocación que haya incidido sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal. Ejemplo: El agente cree desactivar el mecanismo de la bomba, que antes puso en marcha para matar a la víctima, sin saber que su maniobra es ineficaz, por lo que en el tiempo previsto el explosivo estalla y mata a aquélla. En tal caso hay homicidio doloso consumado.

## APARTADO DÉCIMO

### FORMAS DE ADECUACIÓN A LOS TIPOS PENALES

#### SECCIÓN PRIMERA

##### FORMAS EN QUE LAS CONDUCTAS CONCRETAN LOS TIPOS

1. Una conducta se ajustará a un tipo penal cuando concrete sus elementos que, de acuerdo con él, sean necesarios para la punibilidad de aquella. Por ello, la tipicidad es el juicio de adecuación de una o más conductas a un tipo penal, porque se realizaron conforme a sus elementos: que siempre involucra los descritos en la figura típica de un delito y eventualmente los de los

<sup>303</sup> Ídem., T. II, pp. 102 y ss.

<sup>304</sup> Maurach, R., cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 205.

<sup>305</sup> Primer Sala, Informe 1956, Semanario Judicial de la Federación, p. 88.

dispositivos que la amplifiquen, como son las formas de intervención distintas al autor y las modalidades atenuantes o agravantes vinculadas a aquella. Empero, la manera en que el legislador diseña el contenido de un tipo penal no sólo sirve para sostener su concreción (tipicidad), como categoría del delito, sino también para delimitar otras consecuencias jurídico-penales que ocurren con la forma de adecuación típica de la conducta.

2. Las formas en que las conductas se amoldan a los tipos penales determinan las formas en que aparecen los delitos. De las cuales surge la clasificación de delitos instantáneos y permanentes, plurisubsistentes y continuados. Cuyo análisis es importante para aplicar de manera exacta la ley penal y las penas consecuentes, conforme al artículo 14 C., a las conductas de que se trate; o para sostener que una o varias conductas originaron un concurso ideal o real de delitos. Todo ello con consecuencias penales importantes.

Al respecto Pavón Vasconcelos señala las hipótesis siguientes: a) Unidad de conducta y de delito (delito instantáneo y delito permanente). b) Pluralidad de conductas y unidad de delito (delito plurisubsistente y delito continuado). c) Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso ideal de delitos); y d) Pluralidad de conductas y de delitos (concurso real de delitos).<sup>306</sup> Adoptando así una clasificación muy parecida a la de Porte Petit.<sup>307</sup>

3. Los delitos instantáneos y permanentes conllevan una sola conducta típica: por lo que se ubican en la primera hipótesis de “unidad de conducta y de delito”. Y aunque los delitos continuados suponen varias conductas típicas que la ley penal agrupa como un solo delito mediante una fórmula general que las unifica jurídicamente, originando así el segundo fenómeno de “pluralidad de conductas y unidad de delito”. Él mismo ocurre también en otra gama de delitos, donde un tipo penal describe acciones sucesivas, reiteradas, alternas o compuestas, o donde es posible que su única acción se repita vinculada por un mismo elemento típico de desvalor que perdura entre ellas, y las cuales concretarán un solo delito, aquí llamado plurisubsistente, siendo inadmisibles estimarlas como delito continuado o como concurso de delitos.

4. La doctrina y la SCJN designan de varias maneras a los delitos que el Proyecto denomina plurisubsistentes. Pues también emplean los nombres de delitos complejos, compuestos, de acciones múltiples; etc. Mas, en cualquier caso, su género común radica en que el tipo penal es el que ya contempla varias conductas alternas o sucesivas, o admite varias vinculadas con un elemento típico lesivo, que de realizarse concretarán un solo delito y no varios. Por lo que entre los delitos plurisubsistentes y continuados existe un aspecto común: en ambos hay pluralidad de conductas, pero unidad de delito. Examinó primero los delitos instantáneos, permanentes, plurisubsistentes y continuados, para luego atender a las dos hipótesis restantes, consistentes en la unidad de conducta y pluralidad de tipos que origina un concurso ideal de delitos, y de pluralidad de conductas y de delitos, que dan pie al concurso real de éstos.

## SECCIÓN SEGUNDA

### FORMAS ESPECÍFICAS

#### A. DELITOS INSTANTÁNEOS Y PERMANENTES

---

306 Francisco Pavón Vasconcelos, *Concurso Aparente de Normas*, Puebla, Pue., Editorial Cajica, S.A., 1975, p. 47.

307 Porte Petit describe los mismos casos de la siguiente manera: a) una conducta y una lesión jurídicas, con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica; c) una conducta y varias lesiones jurídicas compatibles entre sí; d) varias conductas y varias lesiones jurídicas, sin unidad de propósito y con identidad o no de lesión jurídica; e) varias conductas y varias lesiones jurídicas con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, de bienes no disponibles. *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México 1958, p. 613.



1. El delito será instantáneo cuando se consuma en el momento en que se concretan los elementos esenciales del tipo penal de que se trate, y en tanto su descripción no admita que se prolongue la conducta o la lesión al bien jurídico, o que, admitiéndolas, aquéllas no se extiendan en el tiempo (arts. 7º-I del CPF, 17-I del CPDF, y 15 y 63 de la Iniciativa). El robo es un delito instantáneo, porque una vez que el agente se apodera de la cosa ajena, es inviable que prolongue la acción lesiva descrita en el tipo. El delito será permanente cuando el contenido del tipo permita la prolongación ininterrumpida de la conducta afectante que lo concrete, por lo que hace dable hablar de un período de consumación. (Arts. 7º-II del CPF, 17-I del CPDF y 63 de la Iniciativa). El secuestro es un delito permanente, porque su tipo penal hace posible que la privación de la libertad perdure por un lapso, dando pie a un período de consumación que se inicia a partir de la detención y concluye cuando cesa la privación de la libertad.<sup>308</sup>

Ya desde la sexta época, interpretando la ley penal vigente en ese tiempo, en relación con el delito permanente la SCJN señaló lo siguiente:

**DELITO PERMANENTE.** La ley contiene la noción del delito permanente, al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea, el que implica una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuridicidad que es su consecuencia. Son ejemplos específicos el rapto y la privación ilegal de libertad, en nuestro medio, o el secuestro y el plagio en otras legislaciones, y se opone a dicho concepto el de delito instantáneo, que termina con la producción del efecto, como el robo, que se agota con el apoderamiento; el fraude, con la obtención del lucro, o el homicidio, con la privación de la vida.<sup>309</sup>

2. No debe confundirse al delito permanente con los efectos permanentes que origine la conducta. El homicidio es de índole instantánea, aunque sea permanente el efecto de privar de la vida. Y es que la clave que diferencia al delito permanente del instantáneo, estriba en que, según la descripción del tipo, la conducta afectante pueda o no prolongarse sin interrupción una vez concretados los elementos típicos, con independencia de los efectos que origine aquella. La descripción típica de los delitos instantáneos impide que la conducta afectante se extienda en el tiempo, una vez concretados los elementos del tipo, lo que motiva su consumación. Mientras que los tipos de los permanentes admiten esa posibilidad. Por eso, no en todos los delitos podrá la persona prolongar su conducta típica lesiva, pues ello penderá del tenor del tipo.

Así, la difamación –en los Estados que la mantengan como delito–, consiste en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerla al desprecio. Por tanto, si acuerdo con el Diccionario de la Lengua, “comunicar” significa “hacer saber algo a alguien”, será irrelevante respecto a la índole instantánea del delito, que para “comunicar a otro” la imputación, se haya empleado un panfleto que perdure en el tiempo. Pues el delito se consumó una vez que se hizo saber a otro la imputación contenida en el libelo, que podía causar aquellos efectos a un tercero. Distinta será la solución en el delito de desaparición forzada de personas, pues mientras se “mantenga” el ocultamiento de la persona, permanecerá la conducta lesiva constitutiva del tipo, la que sólo cesará hasta que aparezca aquella persona o se le encuentre viva o muerta.

3. La viabilidad de que sea prolongable sin interrupción la conducta lesiva del tipo, es así el baremo para que delito sea permanente. Las acciones “prive de su libertad”, “retenga”, “mantenga”, “transporte”, “posea”, etc., indican la posibilidad de que se prolonguen en el tiempo una vez que concreten el tipo. De tal modo que, si ello sucede, habrá un “período de consumación”, en vez de un “instante” de ella. De ahí que la lesión al bien no sea el quid del delito permanente, sino condición parcial del mismo, como señaló Ragno. La clave es que la conducta típica afectante se prolongue por voluntad del agente, cuando está en su mano ponerle fin y el tipo penal permita tal permanencia una vez concretados los elementos de aquél. En tal sentido, cabe apuntar la tesis siguiente:

**SALUD, DELITOS CONTRA LA TRANSPORTACIÓN. EN ESTA MODALIDAD ES UN DELITO PERMANENTE.**<sup>310</sup>

4. Por ello erró Jiménez cuando estimó que el delito de injurias podría ser permanente y el de bigamia necesariamente permanente. Él ejemplificaba la primera [como] la contenida en un cartelón colocado indefinidamente en el balcón frente al del vecino. O porque después del segundo matrimonio...está en poder del agente hacer cesar –mediante las acciones de nulidad o divorcio– el estado antijurídico creado por su acción.<sup>311</sup> Y es que el tipo de injurias (derogado) se consumaba

308 Mariano Jiménez Huerta apunta: “la consumación del delito es el fenómeno que crea la directa y plena adecuación de la conducta en el tipo penal”. Y añade: “Se puede afirmar que el delito está consumado cuando en la conducta realizada concurren todos los elementos subjetivos y objetivos que integran la figura típica y la lesión efectiva o potencial del bien jurídico que en ella se protege”. Derecho Penal Mexicano, T. I, op. cit., p. 197.

309 Registro No. 264715, Tesis Aislada, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Segunda Parte, t. III, p. 72.

310 Registro No. 206310, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. I, Primera Parte-1, enero a junio de 1988, p. 202.

311 Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, T. I, op. cit., p. 125.

cuando se colocaba el cartel en el balcón para mostrar desprecio al vecino y éste se enterara, pero no mientras estuviera el letrero, que por sí ya no constituía conducta, sino la situación lesiva derivada de ella. Como la bigamia se consuma cuando se contrae el segundo matrimonio. Y no mientras él dure: que será el estado derivado de la acción de “contraer” las segundas nupcias.

De allí que para definir al delito permanente deba evitarse confundir la acción descrita en el tipo, que permita prolongarla durante un lapso de tiempo, con sus consecuencias o con la situación de desvalor originadas por el delito. Claro que mientras la conducta típica lesiva siga realizándose, originará una situación afectante que se incluye en el período de consumación del delito permanente. Mas es posible que deje de realizarse la conducta y de todos modos perdure la situación de desvalor o los efectos lesivos: sin que una u otros puedan ya comprenderse dentro del ámbito consumativo del delito por faltar la conducta concomitante que los acompañe.

5. A veces el legislador emplea acciones en la redacción de los tipos, que por sí mismas son neutrales o se hallan dentro del ejercicio de nuestro derecho constitucional de libertad general de acción. La copula con alguien, la ocupación de un inmueble, son acciones que carecen de un significado lesivo. Serán los “medios” que se empleen para la acción o las circunstancias en que se efectúe según la redacción del tipo, las que le darán su índole típica lesiva, tiñéndola así de desvalor. Como la “violencia” para yacer con otra persona “sin su voluntad”, en la violación, y el “engaño”, la “furtividad” o la “violencia” para la ocupación del inmueble en desdoro de la posesión de otro, en el despojo.

Ello viene a cuentas, porque existe la postura de que cuando la ley penal caracterice el desvalor de la acción por el medio empleado: y resulte que el tipo describa acciones susceptibles de alargarse, pero que no serían punibles sin los medios típicos, no podría sostenerse que aquellas acciones lesivas constituirían un delito permanente cuando se prolonguen, si es que ya no las preside el medio típico que las salpicó de desvalor a efectos de la pena.

Por ejemplo, la ocupación de un inmueble es una acción que adquiriría significación punible a efectos del despojo cuando se realiza mediante “engaño”, “furtividad” o “violencia”. Y como esos “medios” lesivos son insusceptibles de prolongarse durante toda la ocupación lesiva del inmueble, cuando aquellos cesen concluiría el período de consumación derivado de dicha ocupación, aunque ésta continúe realizándose.

6. Empero la postura anterior no debe llevar a confusión. En efecto, los medios típicos del delito de despojo de un bien inmueble pueden cesar, pero aun continuar la ocupación lesiva del mismo para quien fue despojado. Por tanto, si se toma en cuenta que el artículo 63 de la Iniciativa define en esencia al delito permanente: “cuando haya un período de consumación, al prolongarse en el tiempo la conducta o la lesión al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate”. El artículo 17-II del CPDF dispone que el delito será permanente: “cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo”. Mientras que el artículo 7° del CPF estipula que es delito permanente: “cuando la consumación se prolonga en el tiempo”.

Como ya se habrá advertido, todas las definiciones legales vinculan al delito permanente con la prolongación en el tiempo de la “consumación” del delito de que se trate. Y los correspondientes artículos de los tres códigos, definen al delito instantáneo, como “la realización de «todos» sus elementos constitutivos”. Luego, de una exegesis contextual de los preceptos citados, se deriva que la terminación del “período de consumación” de un delito, ocurre cuando se termine “la realización de «todos» sus elementos constitutivos” y no solo de una parte ellos, como normalmente sucede con el delito de despojo de bien inmueble, en el que cesan sus medios comisivos, pero continúa la ocupación lesiva para poseedor despojado, lo que bastará para considerar al delito como permanente, porque precisamente todavía no cesa la realización de «todos» sus elementos constitutivos.

7. Por otra parte, hay tipos cuya conducta omisiva podrá prolongarse mientras subsistan las circunstancias que originen el deber de actuar y su incumplimiento siga afectando al bien. Así, el delito de abandono médico del artículo 324 del CPDF, la abstención se prolongará mientras el galeno no atienda al lesionado una vez que esté en su presencia. Y sólo será posible que continúe la omisión de la acción debida, en la medida que persistan las condiciones descritas por el tipo que originen el deber de actuar, sin que se evite la aflicción al bien. Pues si el lesionado luego es atendido por otro médico, dejarán de darse las condiciones que daban pie al deber de actuar. Como si el lesionado fallece, cesará la afectación al bien derivada de incumplir el deber de asistencia. Momentos en los que concluirá el período de consumación. Jiménez dice:

“...para determinar qué delitos omisivos son permanentes y cuáles instantáneos, debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien y el imperativo del deber de actuar. Cuando la omisión no evite la afectación al bien y el deber que se contraría sea uno persistente, impuesto durante un tiempo indefinido, el delito tiene carácter permanente, pues la conducta viola, en tanto perdura, el imperativo de la norma que ordena hacer cesar la compresión del bien protegido. Por el contrario, el delito omisivo será instantáneo cuando la acción deba ser cumplida desde luego –sin retardo, inmediatamente o en un instante determinado–, como, por ej., cuando el agente no procure impedir la consumación de los delitos cuando “se estén cometiendo” o no dé auxilio para investigar un delito al ser “requerido por las autoridades” (artículo 400-IV-V).

8. El momento en que se consuma un delito instantáneo (al concretarse todos los elementos del tipo) y cuando concluya el período de consumación en uno permanente (que termina cuando cese la conducta típica-afectante), servirán: 1) para iniciar el cómputo de prescripción de la acción penal (arts. 102 del CPF, 108 del CPDF y 173-A de la Iniciativa). Pero también la índole de aquellos sirve para: 2) Para resolver la complicidad durante el período de consumación del delito, o incluso una autoría agregada. 3) Para fijar donde se cometió el delito, determinando la competencia territorial o incluso la común o federal. 4) Además, para saber el tiempo de comisión del delito en sucesión de leyes penales. 6) Y para resolver la licitud de la detención por delito flagrante.

## B. DIFERENCIA ENTRE DELITOS CONTINUADOS Y PLURISUBSISTENTES

Es posible que un delito se componga de varias acciones con unidad de resoluciones e identidad de ofendido, donde cada una concrete igual tipo. Y aunque en tales casos, hay varias acciones de igual índole típica que originarían varios delitos: de todos modos, las Partes Generales de los códigos penales las aglutinan en una unidad jurídica llamada delito continuado. Empero, también existen otros casos donde la ley ya supone varias acciones en los mismos tipos penales –bien sea porque las exprese de forma sucesiva o alterna, bien como modalidades agravantes, o bien porque contemple una sola acción típica que se vincula con otra igual, en virtud de un elemento típico lesivo que perdura entre ellas, frente a un mismo objeto o titular–, o bien, porque se realizan en la misma ocasión, constituyendo un solo delito llamado plurisubsistente.

## C. DELITOS PLURISUBSISTENTES

1. El nombre de delito “plurisubsistente” es doctrinal y los códigos penales no lo definen de manera general (como sí sucede con el delito continuado): sino que aquél se descubre en ciertos tipos penales.

En tal sentido, Jiménez Huerta cita a Leone. Él señala que tal delito “...no es una categoría general o creación abstracta de la ley aplicable a todos los delitos. Existen solo ciertos delitos complejos configurados por el legislador”.<sup>312</sup> En el delito plurisubsistente se dan pues varias conductas que por sí serían delitos, pero que se congregan como elementos básicos y/o modalidades alternas de un tipo que las prevé como un solo delito. La agrupación puede ser expresa, como sucede la más de las veces. En otras la plurisubsistencia subyace en el tipo como posibilidad, respecto de su única acción, si ésta se reitera en la misma ocasión, o en tal ocasión perdura entre las acciones reiteradas un elemento de desvalor.

2. El apelativo de delitos plurisubsistentes varía en la doctrina. Pavón incluye dentro de aquellos a un grupo que él titula compuestos.<sup>313</sup> Mientras que Soler designa como tales a otro conjunto de los aquí congregados con dicho nombre.<sup>314</sup> En tanto Leone les llama complejos.<sup>315</sup> Más todas las denominaciones son convencionales al no estar designadas en la ley, respecto de las que la doctrina coincide en que su género común reside en que el delito –aquí llamado plurisubsistente–, se configura por varias conductas de un mismo tipo, en cuanto refiere acciones sucesivas, reiteradas, alternas, o compuestas con la de otro, o donde su única acción se repite en la misma ocasión o se vincula por el mismo elemento de desvalor que perdura entre ellas, de las que sería inadmisibles estimarlas como delito continuado o como concurso de delitos.<sup>316</sup>

Pavón caracteriza dichos fenómenos típicos, porque en ellos el legislador es quien unifica jurídicamente las diversas conductas en un solo delito, al darles una composición especial en ciertos tipos que las comprenden. Y en tal sentido apunta: “...la estructura peculiar del tipo, en ocasiones, establece jurídicamente la unidad del delito, como sucede en los tipos en que una acción, por sí misma, a pesar de su carácter antijurídico, no integra la figura delictiva, por requerir la reiteración de dicha acción, como sucede con los llamados delitos habituales.”<sup>317</sup> Y añade: “...en el delito complejo [plurisubsistente] se da el fenómeno de que varias conductas que en forma autónoma constituirían delitos, son congregadas dentro de un tipo penal como elementos constitutivos de un solo delito o como circunstancias agravantes del mismo”.<sup>318</sup>

4. Las acciones agrupadas en los tipos de los delitos plurisubsistentes pueden formularse de manera sucesiva o reiterada, alterna, compuesta o con una acción, pero que se reitera en la misma ocasión en la que perdura un elemento de desvalor para realizar otra igual. Son ejemplos de tipos que formulan acciones sucesivas o reiteradas: la piratería del artículo 142-II del CPF, para quienes a bordo de una embarcación se “apoderen” de ella y la “entreguen” a otros. El del artículo 365-II del CPF, por “apoderarse” de una persona y “entregarla” a otra, para que celebre un contrato que le imponga servidumbre. La violencia familiar, cuando un miembro de la familia emplee de manera reiterada la violencia contra otro integrante de la misma, del artículo 343 bis del CPF. El lenocinio del artículo 207-I del CPF, por explotar habitualmente el cuerpo de otro por medio del comercio carnal.

312 Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 194. Jiménez también apunta “...el hecho de que la complejidad de esa categoría no es de pura creación legal –escribe Maggiore–, se deriva que no se presenta ninguna figura de delito plurisubsistente que esté por la ley expresamente prevenida. También Liszt (Tratado III, p. 152) y Mezger (Tratado, II, p. 314) reconocen que la reunión en una unidad jurídica de los diversos actos que dan lugar al llamado delito plurisubsistente, se deduce de la estructura de uno o más tipos penales, pero que la propia ley no proporciona una fórmula general –lo que ahora sí se hace en el artículo 65 de la Iniciativa–.

313 Francisco Pavón Vasconcelos, *Concurso Aparente de Normas*, Puebla, Pue., Editorial Cajica, S.A., 1975, p. 36.

314 Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. II, octava reimpression total, Buenos Aires, Editorial Tea, 1978, pp. 162 y 163.

315 Leone, op. cit., p. 166.

316 Sólo desde un punto de vista jurídico puede conseguirse –como lo ha expresado Mezger–: una unidad de conducta cuando se da una pluralidad de acciones naturales que no pueden funcionar en forma independiente en virtud de la especial estructura del tipo. En estos casos, el tipo penal se presenta como “abrazadera” que une las diversas conductas, las cuales aparecen así vinculadas unas a las otras. (Edmundo Mezger, *Tratado*, II, p. 365.)

317 Francisco Pavón Vasconcelos, *Concurso Aparente de Normas*, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1975, p. 35.

318 Idem.

Asimismo, aparea acciones repetidas la corrupción de menores del artículo 201 del CPF, cuando por la “práctica reiterada” de los actos de corrupción, el menor adquiera los hábitos del alcoholismo, farmacodependencia, se dedique a la prostitución o a formar parte de una asociación delictuosa; como igual el del artículo 368 ter del CPF, consistente en comercializar en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia.

5. De aquí que sea un yerro considerar como delitos continuados con la inherente punibilidad incrementada que les asigna la ley, a los delitos plurisubsistentes cuyo tipo penal contemple varias conductas o la reiteración de una para que pueda concretarse su tipo penal, o bien –como se verá– el tipo prevea una sola acción pero que se repite en la misma ocasión, o se vincula con otra igual y entre ellas perdura un elemento de desvalor. En tales casos, la pluralidad de conductas ya se demanda o implica en el tipo penal, y han de ser tratadas como un solo delito con la punibilidad de aquél. Por ello, es un criterio equivocado el de la tesis siguiente:

**VIOLENCIA FAMILIAR. CONSTITUYE UN DELITO CONTINUADO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.**

6. Más el tipo penal de un delito plurisubsistente también puede estar formulado mediante modalidades de acciones alternas. Lo cual sucede con muchas figuras típicas. Por ejemplo, el genocidio del artículo 149 bis del CPF, por perpetrar delitos contra la vida de miembros de un grupo étnico para destruirlo, o imponerle la esterilización masiva con el fin de impedir su reproducción. O ciertos delitos contra la salud, donde en sus tipos penales se formulan de manera alterna varias modalidades de acción. En los delitos formulados con acciones alternas, aun cuando basta con una de ellas para concretar el tipo penal: si concurren varias compatibles, contempladas en aquél, respecto al mismo bien jurídico y titular, de todos modos, habrá un solo delito con la punibilidad del tipo que las prevé. Así, la tesis de rubro siguiente:

**DELITO CONTRA LA SALUD. CONSTITUYE UN SOLO DELITO A PESAR DE QUE SE COMETAN VARIAS DE SUS MODALIDADES (LEGISLACIÓN FEDERAL).<sup>319</sup>**

7. Ahora bien, aunque no hay varios delitos sino uno plurisubsistente cuando se afecta el mismo bien con distintas acciones o medios alternos de un tipo, su número sí importa porque agrava la lesividad impactando a la individualización de la pena, según lo han sostenido los tribunales federales respecto a los delitos contra la salud. Por ello, en tales casos ha de tenerse en cuenta que las modalidades sean compatibles (porque una no se subsuma en otra). Por ejemplo: si en una administración fraudulenta se “emplean indebidamente” valores, carecerá de relevancia que luego se “retengan”, en tanto la lesión patrimonial se consumó desde que aquellos se utilizaron de modo indebido. De lo contrario se recalificará el hecho contra la garantía de exacta aplicación de la ley penal y el principio non bis in idem, de los arts. 14 y 23 C.

8. El delito plurisubsistente puede surgir de un tipo penal formulado con varias modalidades alternas compatibles entre sí – y, por tanto, de las que sea inadmisiblesu consunción–, donde se concreten varias de ellas afectando al mismo bien del titular, sin que por ello originen varios delitos ni a uno continuado. No cometerá varios delitos quien ponga en movimiento una locomotora y primero “haga imposible controlar su velocidad” y luego “la abandone”, sino sólo el previsto con esas modalidades en el artículo 169 del CPF. Y tampoco cometerá un delito continuado, sino sólo el delito del artículo 172-bis del CPF, quien, sin haber observado las normas legales de la concesión, primero “acondicione” un aeródromo de su propiedad y luego lo “ponga en operación”.

Del mismo modo, no cometerá varios delitos, sino uno solo plurisubsistente: quien emplee el “amago o la amenaza” y enseguida la “fuerza” –que, además, absorbe a las restantes–, para oponerse a que agentes de autoridad pública ejerzan alguna de sus funciones (art. 180 del CPF). O quien primero “solicite” y luego “induzca” a una persona para que comercie sexualmente su cuerpo con otra (art. 207-II del CPF). O cuando alguien primero ultraje “de palabra” y luego “de obra” al pabellón nacional (art. 191 del CPF). O quien, a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, primero por “relaciones sexuales” y luego “por otro medio transmisible”.

Asimismo, no cometerá varios delitos, sino uno solo de índole plurisubsistente: quien primero “reproduzca” y luego “venda” material que contenga actos sexuales en que participen uno o más menores de dieciocho años: siempre y cuando éstos sean los mismos, pues en caso contrario habrá concurso real de delitos, dado que tal figura típica en realidad tutela derechos de personalidad de los menores (art. 201-bis-párrafo-segundo del CPF). Como tampoco cometerá varios delitos, sino uno plurisubsistente, quien “induzca” al suicidio a alguien y luego le “auxilie” a suicidarse (art. 312 del CPF). O quien emplee la “violencia física” y enseguida la “moral” para imponer copula a otro sin su consentimiento (art. 265 del CPF).

9. Diferente será el caso donde se repite una misma modalidad de acción, de las varias que el tipo formule de manera alterna sin que en la modalidad reiterada perdure un elemento de desvalor. Pues la reiteración de la misma modalidad prevista en el tipo dará pie a un delito continuado si en la misma ocasión o entre la repetición de la misma modalidad no perdura un elemento de desvalor.

Y ello es así, en virtud de que la conformación del tipo no involucra que se repita varias veces la misma modalidad, sino solo que puedan concretarse varias de las que el tipo formula alternamente. Así, la conformación jurídica como un solo delito de las varias conductas que repitan la misma modalidad, sin que entre ellas perdure un elemento lesivo, ya no ocurrirá por la configuración dada al tipo, sino por la formula provista en la ley respecto al delito continuado.

10. De igual modo, cometerá un delito plurisubsistente quien “reproduzca” y luego “venda” material que contenga actos sexuales en que participen los mismos menores de dieciocho años. Mas esa persona cometerá otro delito (y habrá concurso real con el anterior), si después vuelve a “vender” material que contenga actos sexuales en que participen otros menores de dieciocho años, esto es, que sean diferentes a los primeros.

11. Como delitos plurisubsistentes también se hallan los tipos penales que enlazan su acción con otra antes realizada o complementaria a aquella, o bien como modalidad agravante, y que aisladas serían acciones típicas de otros delitos (tipos de acciones cumulativas o compuestas). Así, pueden citarse, por ejemplo: el fraude procesal del artículo 231-IV del CPF, pues para que se concrete su tipo penal es preciso que el agente simule un acto jurídico (falsificación) y luego lo presente en juicio para obtener una resolución contra la ley.<sup>320</sup> O el homicidio agravado del artículo 374-II del CPF: pues su tipo penal requiere que el homicidio doloso se cometa a propósito de una violación o de un robo por su sujeto activo, contra sus víctimas. O el del artículo 364 del CPF: cuando el ladrón lesiona a alguien luego de consumado el robo, para darse a la fuga o defender lo robado.

Los delitos plurisubsistentes cuyo tipo liga la acción con otra de índole básica o que motiva pena agravada (y que aisladas serían acciones de otro tipo), no deben confundirse como casos de concurso aparente, donde el tipo prevé elementos básicos o agravantes como medios de la acción descrita en el tipo o como circunstancias lesivas unidas a la acción, que de darse por separado originarían otro delito. Pues, aunque en ambos casos habrá un delito. El tipo del plurisubsistente específica “dos o más acciones distintas” para la concreción de aquél. Y en el concurso aparente, el elemento del tipo que separado de él sería delito, radica en el medio de una sola acción típica o en una circunstancia lesiva unida a aquella: como sucede con las lesiones respecto a la violación y con el allanamiento de morada en relación con el robo en casa habitada.

12. Ciertamente, la diferencia apuntada no obsta para que en los delitos plurisubsistentes donde en la acción del tipo se involucre la de otro delito, ya sea en el tipo básico o como modalidad agravante (acciones cumulativas o compuestas); o bien el mismo tipo básico contemple modalidades de acciones alternas: puedan presentarse problemas de concurso aparente de modalidades de acciones, por ser incompatibles entre sí, que se solucionan con los principios de especialidad, consunción o subsidiariedad (arts. 6° del CPF, 13 del CPDF y 8° del CPC), para evitar una recalificación del hecho que aparejaría sancionarlo como comisivo de dos modalidades, en vez de la cabalmente aplicable, acatando la indemnidad de exacta aplicación de la ley penal y el principio non bis in idem, de los artículos 14 y 23 C. La tesis del rubro siguiente ilustra al respecto:

**DELITO CONTRA LA SALUD. LA VENTA DE MARIHUANA EN MOMENTOS Y CON PERSONAS DISTINTOS NO INTEGRA DOS MODALIDADES DE COMERCIO EN SU VARIANTE DE VENTA, SINO LA DE TRÁFICO.**<sup>321</sup>

13. Por último, están los delitos plurisubsistentes en los que, aun cuando el tipo contempla una acción, no excluye la posibilidad de que en la misma ocasión se sucedan varias iguales vinculadas por un mismo elemento lesivo que persista desde la primera, sin que haya solución de continuidad. A tal clase de delitos la SCJN los ha llamado “plurisubsistentes”. Y se caracterizan por acciones que por sí constituirían varios delitos: pero que se constituyen en un delito plurisubsistente, porque en la misma ocasión perdura alguno o más de los elementos típicos de la primera acción que la caracterizan como lesiva, a efecto de realizar otra u otras iguales. En tales casos, como en cualquier delito plurisubsistente, no hay concurso de delitos ni delito continuado, con sus inherentes consecuencias de punibilidad: sino solo el delito atinente al tipo penal de que se trate, con la punibilidad que él fije.

Como eventos donde no hay concurso de delitos ni delito continuado, sino solo el delito y la punibilidad del tipo que describa una conducta, pero que permite su repetición por elementos lesivos vinculados que perduren –y que se incluyen en la última categoría de delitos plurisubsistentes– pueden citarse: El robo de objetos de un coche en la calle, donde el activo se apodera de unos y continúa apoderándose de otros del interior del carro; o cuando el activo se va apoderando de las cosas que va encontrando en la casa donde entró a robar. La persona casada que en su domicilio conyugal realiza varias cópulas con otra que no es su cónyuge durante una ocasión, (adulterio del derogado artículo 327 del CPC.) Y la violación con cópula reiterada mediante violencia ininterrumpida, según se apunta en las tesis de rubros siguientes:

**VIOLACIÓN. NO SE ACTUALIZA EL CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE IMPONE LA CÓPULA POR DIVERSAS VÍAS DURANTE EL MISMO LAPSO Y SIN HABER CESADO LOS MEDIOS COMISIVOS RESPECTO DEL MISMO SUJETO PASIVO.**<sup>322</sup>

320 Al respecto, la tesis del rubro siguiente: FRAUDE PROCESAL. ESE DELITO ABSORBE AL DIVERSO INJUSTO TÍPICO DE USO INDEBIDO DE DOCUMENTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). Registro No. 185756, Tesis XII.5o.3 P., Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1376.

321 Registro No. 175108, Tesis: VII.1o.P.152 P., Primer Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006. P. 1729.

VIOLACIÓN. NO HAY CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE COMETE EN EL MISMO LAPSO Y NO HA CESADO EL MEDIO COMISIVO DE LA VIOLENCIA, INDEPENDIEMENTE DE LAS VÍAS POR LAS CUALES SE COMETA.<sup>323</sup>

ROBO COMETIDO EN VÍA PÚBLICA. NO SE CONFIGURAN DOS ILÍCITOS O UN CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO CON DIVERSAS CONDUCTAS, PERO UNIDAD DE INTENCIÓN, LUGAR, OCASIÓN Y EJECUCIÓN EL ACTIVO CON EL EMPLEO DE VIOLENCIA DESAPODERA DE SUS PERTENENCIAS A UNA PLURALIDAD DE SUJETOS PASIVOS.<sup>324</sup>

### C. DELITO CONTINUADO

#### I. Premisas

1. Como ya se vio, a diferencia de lo que ahora se propone en el artículo 65 de la Iniciativa, los códigos penales no definen los caracteres de los delitos plurisubsistentes, sino que ellos se descubren en ciertas figuras típicas, cuya estructura permite estimar como un solo delito la concreción de algunas o todas las acciones que aquellas prevén o permiten. Pero a diferencia del delito plurisubsistente, el continuado se rige por una fórmula de la Parte General de los códigos penales: constituyéndose en creación abstracta de la ley penal, aplicable a todos los delitos cuyo tipo contemple una acción, si ésta se repite reuniendo ciertos requisitos. El delito continuado tiene como una de sus notas distintivas la discontinuidad de las conductas típicas que lo integran. Así, con la elegante pluma que le caracterizó, Jiménez Huerta subrayó: "...aunque a primera vista pudiera parecer que Carrara se entregaba al cultivo de la paradoja, "el criterio de la continuación es necesario deducirlo de la discontinuación".<sup>325</sup>

2. En tal sentido, en los arts. 7°-III del CPF y 17 del CPDF se dispone:

"El delito será continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad (o identidad, según el CPDF) de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal, (se concretan los elementos de un mismo tipo penal, según el CPDF)".

3. A su vez, el párrafo primero del artículo 64 de la Iniciativa precisa:

"El delito será delito continuado, cuando con pluralidad de conductas e identidad de víctima u ofendido, se concreta dolosamente el mismo tipo penal, con independencia de que concurren o no modalidades, siempre y cuando la lesión no recaiga sobre un bien que sea personalísimo, salvo los casos establecidos en el último párrafo de este artículo".

Los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo añaden:

"También habrá delito continuado, si con relación a fraude, conductas equiparadas al fraude, abuso de confianza o conductas equiparadas al mismo, o administración fraudulenta, se realizan acciones homogéneas que concreten el mismo tipo penal o la misma modalidad del mismo, que sean lesivas de bienes jurídicos iguales y de distintas personas, mismos que el activo unifica de hecho o de derecho en una empresa común".

Y los párrafos quinto y sexto de dicho artículo disponen:

"Asimismo, existirá delito continuado en los delitos señalados en el párrafo precedente, cuando los bienes o valores que pertenezcan a varias personas se encuentren o agrupen en conjunto y se lesionen de manera gradual concretando el mismo tipo penal."

"De igual modo se considerará como delito continuado, cuando los delitos de violación, violación impropia, conducta equiparada a la violación y/o abuso sexual contra persona menor de dieciocho años de edad, o sin capacidad de comprender la naturaleza del hecho, sean cometidos contra la misma víctima, sobre la cual el sujeto activo guarde una posición de poder o de ascendencia."

#### II. Diferencias entre el delito continuado y los delitos plurisubsistentes

322 Registro No. 177399, Tesis: 1a./J. 58/2005 de Jurisprudencia, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 268.

323 Registro No. 187040, Tesis: I.7o.P.1 P., Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 1376.

324 Registro No. 166801, Tesis IV.1o.P.45 P., Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, julio de 2009, p. 2070.

325 Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, T. I, op. cit., p. 200. Asimismo, Francesco Carrara, Programma, op. cit., párrafo 535.

1. Sentadas esas premisas y para aplicar de manera exacta la ley penal al delito de que se trata (artículo 14 C.): será importante diferenciar al delito continuado del plurisubsistente. Más aún, cuando siempre será menor la punibilidad de un delito plurisubsistente, respecto de la que se imputaría por uno continuado. La primera distinción radica en que el delito continuado no es una figura típica en sí, sino una fórmula general en la ley: que sólo entra en función cuando con unidad de propósito y pluralidad de conductas con identidad de sujeto afectado o bienes materialmente agrupados, se concreta una misma figura típica. En tanto los delitos plurisubsistentes son figuras típicas en sí, las que contienen o permiten varias conductas afectando al mismo titular (que consideradas de manera aislada originarían diversos delitos.)

2. Por ello, la pluralidad de acciones en realidad no es un signo exclusivo del delito continuado. Pues un delito plurisubsistente también puede concretarse a través de varias acciones discontinuas que por sí constituirían varios delitos: pero que se constituyen en uno, ya sea porque en el tipo se las contempla de manera cumulativa, compuesta o alterna; o bien porque en la misma ocasión se reitera un elemento típico de la primera acción, que le dan relevancia afectante (simple o agravada), para realizar la siguiente: como sería la violencia ininterrumpida para imponer al pasivo dos o más cópulas sin su voluntad y mediante violencia. En tales casos, como en cualquier delito plurisubsistente, no hay concurso de delitos ni delito continuado: sino solo el delito que contemple el tipo penal de que se trate, con la punibilidad que él fije.

3. Así pues, además de que los delitos plurisubsistentes se ubican en ciertas figuras típicas: a diferencia del continuado que se prevé en una fórmula general de los códigos penales, que sólo aplica con la concreción plural de alguna figura típica de dichos códigos u otras leyes: otro aspecto que distingue al delito plurisubsistente del continuado reside en que el primero su tipo ya contempla varias acciones; o se da un vínculo de permanencia entre uno o más de los elementos típicos lesivos de la acción que se repite en la misma ocasión. Mientras que en el continuado el tipo prevé una acción que se repite, pero sin que perdure un elemento lesivo entre las acciones: las que se unifican en un delito continuado cuando reúnan los requisitos legales.

En tal virtud, podrá ser fina pero importante la diferencia entre un delito continuado y uno plurisubsistente en el que perdure algún elemento típico lesivo entre las acciones. Pues el delito será continuado si se repite la misma acción que describa el tipo penal, con unidad de propósito e identidad de afectado, sin que entre tales acciones perdure algún elemento típico lesivo. Más solo habrá delito plurisubsistente que prevea el tipo de acción única de que se trate, con la punibilidad que fije, si permanece un vínculo típico de desvalor entre varias de aquellas acciones. Así, cuando sin salir del domicilio conyugal el sujeto realizaba varias cópulas con quien no era su cónyuge, cometía un delito plurisubsistente de adulterio (derogado). Pero si copulaba con aquella en distintos días en los que acudía a su domicilio, cometía adulterio continuado.



No originará varios delitos la intervención conjunta de varias personas en un delito plurisubsistente, donde los coautores realicen de manera simultánea o sucesiva la acción del tipo penal de que se trate, si es que las acciones se vinculan con la permanencia de algún elemento típico que dé relieve penal a sus conductas y que los partícipes emplean en común. Menos aún, cuando el mismo tipo prevea la coautoría como modalidad agravante.

Tampoco cometerá varios delitos ni uno continuado, sino uno plurisubsistente con la punibilidad que señale el tipo de que se trate, cuando el sujeto mantiene alguna circunstancia típica que le dé su índole de desvalor a las varias conductas que realiza concretando el mismo tipo penal de acción única. Como quien ata a una mujer y en esas condiciones accede varias veces a ella sin su consentimiento. Quien falsifica papel moneda en una imprenta acondicionada para ello. Quien mediante engaño consigue que una mujer menor de dieciocho años de edad acepte el acceso carnal y manteniendo la añagaza, copula varias veces con ella. Quien durante la noche se introduce a una bodega y se va apoderando de las cosas que encuentra en ella.

4. Mas también los delitos plurisubsistentes donde su tipo se formule con modalidades alternas de acción, si varias de ellas se efectúan lesionando el mismo bien jurídico protegido en el tipo penal de aquella índole, perteneciente al mismo titular, la conformación legal de aquel tipo impedirá calificarlas como delito continuado, aunque formalmente aquellas reunirían las condiciones para ello. Pues en tales eventos, la estructura típica del delito plurisubsistente ya involucra la posibilidad de concretar varias de las modalidades alternas de acción típicas. Como sucede, por ej., en ciertos casos de delitos contra la salud o de administración fraudulenta, entre muchos otros, cuando se concreten distintas modalidades de acción descritas en un tipo, compatibles entre sí, afectando al mismo bien jurídico y titular.

A diferencia de un delito de acción única, la que se reitera en distintas ocasiones de tiempo y lugar con identidad de bien jurídico y víctima, constituirán delito continuado, a menos que se trate de derechos personalísimos.

Por ello, no cometerá delito continuado ni incurrirá en concurso real de delitos, quien teniendo a su cargo la administración de bienes de un titular y con ánimo de lucro le perjudique su patrimonio, cuando en una primera ocasión altere las cuentas de los contratos, en una segunda haga aparecer gastos inexistentes, en una tercera exagere los reales, en una cuarta emplee indebidamente valores y en una quinta retenga otros. Sencillamente porque el activo realizó varias de las modalidades alternas de acción descritas en el tipo de un solo delito, lesionando el bien de un titular, respecto de las cuales la misma ley penal ya les asigna la punibilidad que adscribe al tipo de administración fraudulenta con independencia que se haya concretado una o varias de aquellas.

5. Diferente será que se repita una “misma” acción, de las distintas alternas del tipo penal. Pues la concreción de “distintas” modalidades que de manera alterna contemple el tipo sí originará un delito plurisubsistente. Mas la repetición en distintas ocasiones de una “misma” acción del tipo que contemple otras alternas constituirá un continuado, en tanto el tipo no involucra la posibilidad de que se concrete varias veces la misma modalidad, sino solo implica que puedan actualizarse varias de las “distintas” acciones alternas formuladas de esa manera en el tipo. La unificación como un solo delito de las varias conductas que repitan la misma modalidad, ya no ocurrirá por la conformación dada al tipo, sino por la formula general dada en la ley para configurar el delito continuado.

III. ¿Se requerirá siempre como requisito del delito continuado, un “dolo total” o “plan anticipado del autor”, o bastará un “dolo continuado”?

1. Ahora bien, en cuanto al primer requisito del delito continuado cabe preguntar ¿qué ha de entenderse por “unidad de propósito (o resolución) delictiva” respecto de las varias conductas que constituyan aquél? En tal punto Jiménez Huerta sostuvo, “...la continuidad delictiva entre una pluralidad de conductas, emerge de los matices unitarios que presentan las conductas entre sí, los que revelan una identidad externa y una conexión interna”<sup>326</sup> El autor ibérico siguió a autores alemanes e hizo consistir la “identidad externa” en la común subsunción de las conductas en un tipo penal y en la lesión reiterada del mismo bien jurídico, aprovechando ocasiones semejantes. Mientras que la “conexión interna” la identificó tanto con la “unidad de un plan ideativo”, como también con la “identidad en la ideación que motiva las varias acciones”<sup>327</sup>.

Y más adelante el autor español precisó: “...dicha unidad orgánica existe no sólo cuando el sujeto desde el inicio proyecta ejecutar el delito espaciada temporalmente, sino también cuando efectúa las diversas conductas en virtud de idénticas y sucesivas motivaciones e ideaciones dirigidas al mismo fin. La conexión ideológica existente entre las diversas conductas organiza la unidad del conjunto, ya que penalísticamente una pluralidad de motivaciones, ideaciones y fines idénticos son reducibles a una antijurídica unidad.”<sup>328</sup>

326 Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal..., op. cit., T I, p. 203.

327 Ídem.

328 Ibídem.

Por su parte, Zaffaroni se afilia a la diversa postura de la jurisprudencia alemana que sólo ha aceptado [...] un “dolo total”, que abarque el resultado total del hecho. Lo que el tratadista argentino considera correcto, pues el dolo total denota claramente una unidad de finalidad.<sup>329</sup>

2. En realidad han sido discrepantes las posturas de la doctrina sobre el significado de la “unidad de propósito” como requisito del delito continuado. Unos autores sólo admiten al delito continuado en la perspectiva del dolo total o plan del autor desde antes de la primera acción, que sería cuando se decidirían las conductas hasta lograr el fin anticipado desde aquel momento. Mientras que otros tratadistas hablan de que tal “unidad” no significa necesariamente un plan decidido desde antes de la primera acción, sino la coincidencia entre los fines típicos de cada acción en virtud de circunstancias iguales o análogas de ocasión. Los juspenalistas citados en el párrafo precedente dan buena cuenta de los enfoques de los eruditos en materia penal para ubicarse en una u otra corriente para caracterizar al elemento subjetivo del delito continuado.<sup>330</sup>

3. Por su parte, en el artículo 7º del CPF se instituyó al delito continuado a partir de 1984. Mas antes de su regulación, que inició su vigencia en dicho año en el CPF, la SCJN basándose más en la doctrina –que en el entonces vigente artículo 19 del CPF– se orientó hacia el criterio del plan del autor, en tanto sostuvo:

DELITO CONTINUO O CONTINUADO. CHEQUES. Conforme al artículo 19 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, el delito continuo y continuado se integra con los requisitos siguientes: I. Que no haya interrupción entre la terminación de un hecho y la iniciación de otro; II. Que todos los hechos sean de la misma naturaleza, y III. Que al iniciarse el primero ya exista la intención de llevar adelante los futuros hasta llegar a la unidad, esto es, que en el delito continuo haya pluralidad de acciones, cada una de las cuales tiene todas las características de un delito perfecto, y sería un delito distinto si la ley no lo ligase a los otros con el vínculo de la intención común. En suma, el delito a que se hace referencia no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único, es decir, una unidad real. No se da el primer requisito, tratándose del delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, si la expedición de los diversos cheques carentes de fondos suficientes se dio en actos distintos y espaciados entre sí, con motivo de diferentes operaciones comerciales.<sup>331</sup>

Ese canon fue adoptado por algunos tribunales federales en épocas más recientes, como se aprecia en las tesis siguientes:

DELITO CONTINUADO Y ACUMULACIÓN REAL DE DELITOS. LA FALTA DE COMPROBACIÓN DE LA UNIDAD DE PROPÓSITO EN LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ILÍCITOS EN EL PRIMERO, ACTUALIZA EL SEGUNDO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). Conforme al artículo 5o., fracción III, del Código Penal del Estado de Sonora, el delito continuado se integra con los siguientes requisitos: a) la reiteración de conductas ilícitas; b) la ejecución de hechos de idéntica naturaleza, que afecten al mismo ofendido e idéntico bien jurídico tutelado; y, c) que desde la realización de la primera conducta haya unidad de propósito delictivo, es decir, que al iniciarse el primero de los actos ilícitos exista intención de llevar adelante los actos futuros, hasta llegar a la unidad, alcanzando el propósito final, por lo que ante la falta de comprobación de ese elemento (unidad de propósito), debe considerarse que existe acumulación real de delitos y no delito continuado.<sup>332</sup>

ROBO, CASO DE ACUMULACIÓN REAL DE DELITOS DE, Y NO DELITO CONTINUADO. Si en el caso no se acreditó que haya habido unidad de propósito delictivo sino que los propios inculpados admitieron que ambos apoderamientos los efectuaron porque se presentó la ocasión, sin que los planearan anteriormente es indudable que se está en presencia de una acumulación real de delitos de robo y no de un delito continuado, y por ello, no se da la figura prevista en la fracción III del artículo séptimo del Código Penal del Distrito Federal, como incorrectamente consideró el tribunal de apelación.<sup>333</sup>

4. Empero, ya se vio que el delito continuado se creó en 1984 en el CPF, pues antes de ese año el artículo 19 aludió al delito permanente como continuo, disponiendo: “Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen”. Ante tal laguna, la judicatura tomó de la doctrina las condiciones del delito continuado: varias conductas con unidad de propósito, identidad de pasivo y que concretaran igual tipo; mismas que incluso creyeron hallarse en el citado artículo 19, que en realidad se refería al delito permanente. Mas ahora es erróneo

329 Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General; T. III, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p 193.

330 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal...*, op. cit., T I, p. 204 y a Eugenio Raúl Zaffaroni et al, Tratado de Derecho Penal, Parte General; op. cit., p 195.

331 No. Registro: 234,941, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, t. 121-126, Segunda Parte, p. 68.”

332 Registro No. 177031, Tesis: V.2o.50 P., Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2335.”

333 Registro No. 225263, Semanario Judicial de la Federación Octava Época, t. VI, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 650.

estimar que los arts. 7°-III del CPF y 5° del CP de Sonora (CPS) ceñirían al delito continuado a sólo cuando “desde la primera acción exista intención de realizar los actos futuros, hasta alcanzar el propósito final”.

Ello es así, porque en los numerales citados y en el artículo 17 del CPF se alude a la “unidad de propósito delictivo”. Y conforme al significado de esos vocablos, se desprende que no hay asidero para restringir la “unidad de propósito” sólo al “plan del autor”. Pues según el Diccionario de la Lengua, entre las acepciones de “unidad” están las de “conformidad o unión”; que quieren decir: “igualdad o correspondencia de una cosa con otra” (conformidad) y “correspondencia y conformidad de una cosa con otra o de los ánimos o voluntades” (unión). Por lo que es la “conformidad o unión” de “los ánimos, intenciones o voluntades delictivas de las varias acciones”, la que les da su “unidad”, que la ley pune como un solo delito que llama continuado cuando reúna los demás requisitos de los arts. 7° del CPF, 17 del CPF y 60 del CPC.<sup>334</sup>

5. De ahí que le siga asistiendo la razón a Jiménez Huerta cuando caracterizó la unidad subjetiva del delito continuado no sólo cuando desde el inicio se proyecta ejecutar el delito en varias acciones hasta obtener un resultado determinado (dolo total), sino también cuando se efectúen conductas con iguales intenciones (dolo continuado), pues entre éstas igual se conforma la “unidad de propósito o resolución”. Sin que sea válido reducir el alcance de la expresión empleada en la ley penal referente a la “unidad” de propósito en el delito continuado, para agravar la punición como concurso real de delitos cuando haya dolo continuado: pues el significado del enunciado “unidad de propósito” acepta la “conformidad entre las intenciones de las varias acciones” que concreten igual tipo en perjuicio del mismo ofendido, sin que sea preciso un plan anticipado del autor respecto de ellas.

Así, la casada que en varios días realiza cópulas con quien no es su cónyuge, quien acude al domicilio de aquella, o quien dispone para sí, en diversas partidas, de cantidades cuya tenencia le estaba conferida, no comete varios delitos de adulterio o de abuso de confianza, sino sólo un delito que la ley llama continuado. Jiménez añadió el caso que citó von Liszt, (...) del criado que coge diariamente un cigarro de la caja del amo, pues cometerá delito continuado, tanto si aquél antes de efectuar el primer apoderamiento hubiere ideado el plan de apoderarse por unidades de todo el contenido de la caja, como si inicialmente tuviere sólo el designio de apoderarse de un solo cigarro para fumárselo aquella tarde, y luego, ante el buen resultado de su primera acción, decide apoderarse de otro, y así sucesivamente hasta agotar el contenido de la caja.

En los arts. 7° del CPF y 17 del CPF se alude a la “unidad de propósito o resolución” al referirse al delito continuado. Por lo que las acepciones que da el Diccionario de aquellas expresiones, tampoco permiten restringirlas al llamado “dolo total”: en el sentido que “desde la primera acción el sujeto ya haya decidido cometer el delito realizando continuadamente las acciones que en el tiempo fueran necesarias para lograr un objetivo determinado”.

6. Las siguientes tesis de la SCJN y de los tribunales federales ya se expresaron ayunas de los criterios restrictivos incorrectos antes apuntados y se orientaron a la unión, conformidad o igualdad entre los propósitos delictivos de las varias acciones como motivo suficiente para configurar la “unidad” de propósito como elemento subjetivo del delito continuado, sin necesidad del plan anticipado del autor:

**INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. CONSTITUYE UN DELITO CONTINUADO, CUANDO EXISTE UNIDAD DELICTIVA EN LA INTENCIÓN.** El ilícito de intervención de comunicaciones privadas es, por regla general, un delito instantáneo, ya que su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos y sólo por excepción, en el supuesto de que exista unidad delictiva en la intención, constituye un delito continuado, cuando con pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal; por ello, en casos así, todos los actos cometidos deben considerarse en conjunto como un solo delito ejecutado durante determinado tiempo, porque de no proceder de esta manera, se admitiría la posibilidad de procesar a los inculpados varias veces por hechos similares verificados durante el tiempo que duró su intención delictuosa, considerándolos aisladamente y hasta existiría la posibilidad de que se dictara por cada uno diversa sentencia, en franca contravención también al artículo 23 constitucional, que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya que no pueden existir tantos delitos cuantas sean las intervenciones de comunicación realizadas, sino que deben estimarse como uno solo.<sup>335</sup>

**ACUMULACIÓN REAL Y DELITO CONTINUADO. DIFERENCIAS.** La acumulación real de delitos, también llamada concurso material, supone en el mismo agente una pluralidad o reiteración de acciones, con pluralidad de resultados delictivos; mientras que un delito es continuado, cuando el mismo agente persiste en una actividad o reitera diversas acciones con unidad de intención, ocasión y ejecución, que en su conjunto concurren a integrar un sólo resultado delictivo.<sup>336</sup>

334 Dicho en otras palabras: La “unidad de propósito” podrá existir cuando haya “conformidad o unión” entre los “ánimos o intenciones delictivas” de las varias acciones, dando así pie a su “unidad” en un solo delito. Sin que huelgue destacar que tal entendimiento, que se extrae del significado literal de la palabra “unidad” expresada por el legislador, no fue restringido por éste en ninguna de las Exposiciones de Motivos de las reformas con las que introdujo al delito continuado en los CPF, CPDF y el CPC.

335 Registro No. 183796, Tesis I.4o.P.20 P., Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003, p. 1146.

336 Registro No. 245096, Sala Auxiliar. Semanario Judicial de la Federación Séptima Época, 205-216, Séptima Parte, p. 19.

7. A pesar de lo expuesto y desatendiendo el significado literal de “unidad de propósito”, donde entre las acepciones de “unidad” están las de “conformidad o unión”, que quieren decir “igualdad o correspondencia de una cosa con otra” (conformidad) y “correspondencia y conformidad de una cosa con otra o de los ánimos o voluntades” (unión): por lo que es la “conformidad o unión” de “los ánimos, intenciones o voluntades delictivas que presiden las varias acciones”, la que les da su “unidad” que la ley pune como delito continuado; sin que para tal “unidad” sea indispensable que haya el llamado “plan o proyecto anticipado del autor”: la SCJN en tesis de jurisprudencia volvió al criterio del dolo total, como se aprecia en la tesis siguiente:

ABUSO SEXUAL. SE ACTUALIZA EL CONCURSO HOMOGÉNEO DE DELITOS CUANDO EXISTA PLURALIDAD DE CONDUCTAS EJECUTADAS POR EL MISMO SUJETO ACTIVO EN CONTRA DEL MISMO PASIVO, REALIZADAS EN DISTINTO TIEMPO. Cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualizará un delito independiente, pues el abuso sexual es un delito instantáneo, porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado, por lo que debe estimarse que se actualiza el concurso real homogéneo de delitos. En estos casos, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo ese esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos, entendiendo como tal el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común y por esa razón integran un delito único.<sup>337</sup>

8. Ya se vio que Zaffaroni se pronuncia por el “plan del autor” y contra el “dolo continuado”: pues estima que éste destruiría la unidad del dolo y volvería una ficción a la conducta continuada.<sup>338</sup> Mas esa exégesis carece de apoyo en el contenido literal de la ley mexicana cuando regula al delito continuado, aludiendo a unidad de propósito. Pues entre las acepciones de la voz unidad están las de “conformidad o unión”. Vocablos que significan igualdad o correspondencia de una cosa con otra (conformidad) y correspondencia y conformidad de una cosa con otra, o de los ánimos o voluntades (unión). Por lo que es la unión o conformidad entre las voluntades o intenciones delictivas de las acciones, la que les da su unidad, que la ley pune como delito continuado.

En tal sentido, la exégesis literal de la ley penal es un método que vuelve eficaz la garantía de legalidad penal.<sup>339</sup> Pues con aquella se acata atender a la ley penal que prevea la pena para el delito –y por ende a su tenor–, para aplicarla de manera exacta. Y en cuanto que tal interpretación literal de la ley evita punir como concurso real de delitos las conductas en las que haya conformidad de igual fin, en tanto solo habrá un delito continuado. Además, es impugnabile que tal criterio conllevaría una ficción, como sostiene Zaffaroni, dado que el mismo deja intocados los datos reales de la acción para cada una de las realizadas con igual fin: las que se unifican jurídicamente como un delito por imperio de la ley: factor normativo que se impone como un límite al poder penal y que acepta el gran autor argentino.

IV. ¿Será admisible el delito continuado en conductas culposas? ¿O cuando respecto al delito continuado se realicen dos modalidades de acción, una básica y luego otra agravada?

1. Por otra parte, Jiménez apuntó en su tiempo que sería “...admisible la continuación delictiva en los delitos culposos, pues el agente puede ocasionar resultados dañosos de igual naturaleza mediante sucesivas acciones oriundas del mismo imprudente comportamiento o ligadas por una idéntica y negligente ideación, como acontece, por ej., cuando el criado, por su falta de cuidado, daña en diversas ocasiones, al hacer la limpieza, los muebles y cuadros de la casa en que presta sus servicios. Empero, si bien esas reflexiones podrían tener validez cuando el delito continuado provenía del mero desarrollo doctrinal: ahora no es posible hablar de un delito culposo continuado conforme a los arts. 7º-III del CPF, 17 del CPF y 60 del CPC, en tanto esos numerales exigen la unidad de “propósito o resolución delictivos” para la configuración de aquel delito.

2. De acuerdo con los CPF, CPDF y el Proyecto, los demás requisitos del delito continuado, son “la pluralidad de conductas y unidad (o identidad, según el CPDF) de sujeto pasivo, que violen el mismo precepto legal (o concreten los elementos de un mismo tipo penal, según el CPDF)”. Por lo que cabe preguntar: ¿será factible un delito continuado, cuando una conducta actualice el tipo básico o en la que concurra alguna modalidad agravante y la siguiente concrete el mismo tipo penal, pero con otra agravante alterna? La respuesta, podría ser negativa con base en que faltaría la unidad de propósito. Empero, en realidad la unidad de propósito no varía, lo que cambia es el conocimiento sobre diversos elementos típicos contingentes, pues en cada acción aquél se referirá a elementos típicos distintos.

De todos modos, en tales casos existirá un delito plurisubsistente y no uno continuado, en la medida que el tipo penal congregue en forma “alterna” a las modalidades de acción o agravantes que incidan contra igual ofendido. Ya que el tipo penal formulado de esa manera es el que acepta la posibilidad de que se concreten varias modalidades en distintas acciones contra el mismo ofendido. Si la empleada doméstica se apodera de una cosa ajena que está guardada junto a otras donde trabaja. Y luego sin tener ya esa relación se introduce y se apodera de las restantes, violará el mismo precepto legal del robo, que prohíbe apoderarse de

las cosas ajenas en cualquiera de aquellas circunstancias típicas. En tal sentido, se habrán concretado modalidades alternas con las que en la ley penal se configura al robo y, por tanto, dando pie a un delito plurisubsistente.

3. Por otro lado, mientras en el artículo 64 del CPC también se permite estimar como delito continuado cuando haya pluralidad de sujetos pasivos si se trata de fraude, estafa, fraude equiparado o administración fraudulenta: siempre y cuando, además, haya unidad de propósito o resolución criminal respecto de las varias acciones defraudadoras o en relación con una sola, desarrollada en varios actos vinculados por la homogeneidad del bien jurídico afectado. Por su parte, en los arts. 7°-III del CPF y 17 del CPDF se exige en cualquier caso la unidad o identidad del sujeto pasivo, como condición para que haya un delito continuado. Requerimiento que también se estableció desde antes de que la ley penal regulara al delito continuado, tal como se observa en la tesis del rubro DELITO CONTINUADO. REQUIERE IDENTIDAD DEL OFENDIDO.<sup>340</sup>

V. ¿Cuál es la solución cuando después de juzgado un delito continuado, aparecen otras porciones del mismo que no fueron materia del juzgamiento?

1. Ahora bien, atendiendo a que la ley es la que unifica jurídicamente como un solo delito a todas las conductas que lleguen a integrar uno continuado, Zaffaroni apunta que una de las consecuencias de esa unificación, consistirá en que "...cuando recaiga una sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir proceso, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo."<sup>341</sup> Claro es que en tal caso resulta aplicable la garantía non bis in ídem del artículo 23. Pues, aunque es cierto que las nuevas partes del delito continuado no fueron materia del proceso penal por dicho delito; también lo es, que aquellas porciones se refieren a un delito continuado que ya fue juzgado y donde es en la propia ley penal que el legislador las unifica jurídicamente como un solo delito.

2. De ahí que en el Proyecto del CPC se establezca otra solución que podría orientarse en sentido análogo, ya no solo prohibiendo el doble juzgamiento respecto del delito continuado que ya haya sido juzgado, sino también respecto de los casos en que se hubieran iniciado dos procesos penales por diversas partes integrantes de un mismo delito continuado, sin que aquellos (por cualquier causa) se hubieran acumulado, en cuyo caso: "si alguno de los procesos se encuentra sin concluir, en la sentencia que el juez deba pronunciar, tomará en cuenta las penas que se impusieron en el proceso o procesos anteriores para el solo efecto de unificarlas de acuerdo con las reglas precedentes" (que son las concernientes al delito continuado.)

#### D. CONCURSO IDEAL DE DELITOS

1. En los arts. 18 del CPF y 28 del CPDF se señala que hay concurso ideal "cuando con una sola conducta se cometen varios delitos". En el artículo 59 del CPC se dispone que hay tal concurso: "...cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos". De ello se deriva que, en el concurso ideal, la conducta da pie a un concurso de tipos. Más es la ley la que le asigna a la conducta el carácter de varios delitos, aun cuando su peculiaridad es que origina una tipicidad plural.

2. El concurso ideal parte de una sola conducta y, por tanto, él no se fija por la aparente simultaneidad de tipicidades si provienen de varias conductas. Así, si mientras alguien engaña a otro para que le entregue dinero, pero aprovecha su descuido robándole la cartera, se tratará de dos acciones simultáneas que originarán un concurso real de fraude y robo. Pero no un concurso ideal. Ya que éste requiere una sola conducta que origine una tipicidad plural. Y, por ende, que con una sola acción se infrinjan las normas prohibitivas de diversos tipos penales (concurso ideal heterogéneo); o bien, que con tal conducta ocurra una plural infracción de la norma prohibitiva de un mismo tipo (concurso ideal homogéneo.) Y aunque estas clases de concurso ideal no producen efectos jurídicos distintos, sí conviene tenerlas en cuenta por sus diferentes condiciones.

Quien, con una bomba mata a varias personas, da pie a un concurso ideal "homogéneo" al concretar un mismo tipo varias veces con la misma conducta. En el concurso ideal "homogéneo", dice Nuvolone "...hay pluralidad de eventos consecuentes con una sola acción u omisión. Mientras que quien copula con la hermana casada en su domicilio conyugal, originará un concurso ideal "heterogéneo" de tipos, como son el incesto y el adulterio. En estos casos, apunta Jiménez Huerta: "...los distintos tipos captan una misma parte de la conducta, al propio tiempo que, además, cada uno de ellos una parte diversa.

3. Las consideraciones anteriores conducen a destacar que todo concurso ideal "heterogéneo" requiere de tipos penales que sean "compatibles" entre sí. Pues en los supuestos en que un tipo penal excluya al otro o lo absorba: el referido concurso ideal de tipos será aparente. Así Zaffaroni siguiendo a Welzel, ejemplifica" ...si la falsificación documental se agota con el uso del documento falso, la utilización del mismo podrá ser una estafa que concorra idealmente con la falsificación.<sup>125</sup> Solución que no es

338 Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General; op. cit., p 196.

339 Y es que la primera pauta para interpretar la ley penal es la letra misma de la ley. Y difícilmente se puede empezar de otro modo el análisis de un tipo penal, si se toma en cuenta que el lenguaje escrito a través de la ley es el único medio que tiene el legislador para dar a conocer sus normas penales. Por ello, la exégesis literal de la ley penal es un método que vuelve eficaz la garantía de seguridad jurídica en la aplicación exacta de la ley penal al delito de que se trate, que establece el art. 14 C.

340 Registro No. 223109, Tesis I.2o.P. J/2 de Jurisprudencia, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VII, abril de 1991, p. 91.

341 Eugenio Raúl Zaffaroni et. al, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 826.

posible compartir, pues según se verá, el uso de documento falso se subsume en el fraude. Más en otros casos el concurso ideal quedará dentro de la heterogeneidad de tipos compatibles: el que paga el abarrote con dinero falso, comete fraude y circulación de moneda falsa en concurso ideal.<sup>126</sup>

5. Como señala Zaffaroni “...también es factible la concurrencia ideal de tipos omisivos, cuando una conducta viola dos o más normas que no se excluyen, como sería cuando quien, siendo funcionario de prisión, omite cerrar una puerta para que un preso se fugue, a sabiendas que éste se vengará dando muerte al alcaide sin que aquél lo impida.”<sup>342</sup>

Más no será admisible la concurrencia ideal entre tipos activos y omisivos: quien no asiste a una persona que se encuentra en peligro y en vez de ello se apodera de su billetera, realiza dos conductas y no una sola que exige el concurso ideal. Tampoco es posible el concurso ideal entre tipos omisivos propios e impropios, como sería el caso de omisión de auxilio y homicidio por omisión, pues como apunta Zaffaroni “...el dolo de omisión de auxilio quedaría consumido en la tipicidad homicida. Se trata, más bien, de un concurso ideal aparente.

7. Por otra parte, si el concurso ideal requiere una acción en la que convergen tipos distintos o la concreción plural del mismo tipo: ello supone que en delitos dolosos deba existir un dolo múltiple o alternativo. El dolo múltiple supone una acción que comprende la realización de diferentes tipos o la plural adecuación de un mismo tipo penal. Así, obra con tal clase de dolo quién decide dañar una cosa ajena y matar a otro de un disparo; como también obra con dolo múltiple quien decide matar a varios mediante una bomba. En su turno, el dolo alternativo implica la voluntad de dar pie a cierto resultado y, a la vez, aceptar que ocurra otro. Por ej., el agente dispara para dañar una cosa, pero cuenta con que también pueda lesionar a una persona que se encuentra cerca, y que resulta lesionada al disparar aquél dañando la cosa.

9. ¿Será posible un concurso ideal de delitos culposos? En artículo 88 de la Iniciativa dispone:

“No es admisible el concurso ideal de delitos culposos, pero cuando la misma conducta culposa origine varios resultados típicos, el juez o tribunal aplicará las reglas del concurso ideal previstas en el artículo 82 de este código.”

“Además, la pena de prisión que imponga el juez o tribunal conforme al párrafo precedente, no podrá exceder de cinco años, a menos de que se trate de la muerte de una o más personas con motivo de una conducta culposa, respecto a la cual, si la conducta culposa ocasionó la muerte de una persona, la pena de prisión que imponga el juez o tribunal no podrá exceder de siete años, ni de nueve años si ocasionó la muerte de dos o más personas”

10. Por último, la regla legal de punibilidad del concurso ideal delitos tiene íntima relación con la individualización de la pena –al ser el marco dentro del cual se fijará una concreta– y con el principio de proporcionalidad, razones por las se estima pertinente exponer sus motivos en el apartado correspondiente.

## E. CONCURSO REAL DE DELITOS

1. El concurso real se caracteriza por varias conductas que concretan varios delitos. De ahí que el concurso real se presente como contrapunto de la conducta que –natural o jurídicamente unificada– origine un solo delito instantáneo, permanente, plurisubsistente o continuado, o bien a varios delitos en concurso ideal. Así, en los arts. 18 del CPF y 19 del CPDF se dispone: “existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas (de acciones u omisiones –según el CPDF–) se cometen varios delitos”. Y en el artículo 66 de la Iniciativa se señala: “Hay concurso real de delitos, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.”.

2. El concurso real –también conocido como concurso material– ocurre entre varios delitos procedentes de varias conductas, ya sean delitos permanentes, continuados o en concurso ideal. El artículo 82 de la Iniciativa llama concurso complejo al concurso real de delitos continuados o en concurso ideal con otros. El concurso real puede ser de delitos homogéneos, por ej., varios homicidios, o de delitos heterogéneos, por ej., robo y lesiones. Los delitos concursantes han de ser autónomos y, por tanto, entre ellos no debe existir subsidiaridad que origine un delito plurisubsistente. Por ej., el fraude procesal del artículo 231-IV del CPF, supone que el agente simule un acto jurídico (falsificación) y luego lo presente en juicio.

3. El marco de punibilidad legal aplicable al concurso real de delitos se relaciona con la consecuente individualización de la pena para esos casos y su impacto en el sistema penitenciario que debe organizar el estado para la reintegración social del sentenciado, conforme al artículo 18 C., motivo por el cual se estima pertinente estudiar el tema en el capítulo de individualización penal.

## APARTADO NOVENO

125 Eugenio Raúl Zaffaroni et al, op. cit., Derecho Penal, Parte General, p. 830. Cfr. Welzel, 232.

126 Cfr. Welzel, *Ibidem*.

342 Eugenio Raúl Zaffaroni et al, op. cit, p. 829.

## SECCIÓN PRIMERA

## LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO

## A. ANTIJURIDICIDAD

1. En la ciencia del Derecho a veces se emplean indistintamente las voces “ilegal”, “antinormativa” y “antijurídica” para referirse a un mismo fenómeno en relación con una conducta. Mas en sentido estricto hay diferencias entre esos vocablos. La antijuridicidad es una expresión más rica en contenido que el de las locuciones ilegalidad y antinormatividad. Todas tienen el común denominador de ser juicios respecto de una conducta contraria a Derecho, pero mientras que la voz “ilegal” alude a la oposición de una conducta con la ley y la palabra “antinormativa” se refiere a la calidad de una conducta adversa a una norma –no todas las normas se hallan en leyes–: la antijuridicidad es el juicio de desvalor de una conducta porque afecta bienes jurídicos y contraría al Derecho.

Puede haber conductas ilegales o antinormativas que no afecten bienes jurídicos. Pero no debiera haber conductas antijurídicas ayunas de dicha afectación. Para que una conducta sea delito es preciso que sea antijurídica. No obstante, la antijuridicidad es un concepto que atañe a todo el Derecho, sin que una conducta pueda ser antijurídica en una materia del Derecho y en otras no. Y aunque es imposible que una conducta sea delito sin que sea antijurídica, sí es factible que un ilícito civil o administrativo sea penalmente irrelevante. Ello se debe al carácter subsidiario –y, por tanto, fragmentado– del poder penal, pues no todos los hechos lesivos tienen que –ni deben de– estar prohibidos en la ley penal, en tanto su punición se limita por el principio de proporcionalidad del artículo 22 C.

Lo inadmisibles es que una conducta sea delito y a la vez conforme a Derecho en otra materia no penal. La conducta antijurídica en un delito, se corresponde con la índole de toda conducta típica penal realizada sin causa de licitud. Y ello es así, porque la conducta que concreta un tipo penal afecta al bien jurídico protegido en aquél, y a prima facie contradice la norma prohibitiva subyacente en dicho tipo, de tal modo que si no la ampara causa de licitud, la oposición de la conducta típica con la norma prohibitiva no se verá neutralizada por el ajuste de aquélla a las normas permisivas que se desprenden de las causas de licitud para casos de conflictos de intereses, cuya ausencia permite confirmar que la conducta es prohibida y, por ende, contraria a Derecho.

2. De ahí que el delito sea una disonancia armónica. Expresión con la que Jiménez Huerta metaforizó a la conducta antijurídica en el delito, en su monografía “La antijuridicidad”. En ella él concluyó que ésta es un juicio sobre la índole desvaliosa de una conducta típica porque lesiona un bien jurídico y ofende a los ideales valorativos de la comunidad ínsitos en el Derecho.<sup>343</sup> Tal idea la evoca el artículo 58 del CPC al establecer que la conducta será antijurídica, cuando “objetivamente afecte uno o más bienes jurídicos y sea contraria a una norma jurídica”.

Con ello se encauza la exégesis para fijar el desvalor de la conducta regulada en la ley penal, por senderos congruos con la exigencia de afectación a bienes jurídicos que debe originar la concreción de los tipos penales, y de los cuales se deducen normas que prohíben las conductas afectantes descritas en ellos. Estas pautas dan luz al intérprete. Pues, por un lado, el concepto permite atender a la conducta típica sobre la cual se valora si es o no es antijurídica. Y por el otro, porque provee los elementos para afirmar la antijuridicidad de dicha conducta, que se da en el ámbito del injusto, esto es, porque afectó un bien jurídico al concretar el tipo penal de que se trate, y contrarió la norma prohibitiva deducida él, al haberse realizado sin causa de licitud.

3. Para ello cabe reiterar que, así como todo tipo penal delimita una acción que afecta a un bien jurídico. A su vez, el injusto apareja una acción típica penal –y, por tanto, afectante de bienes jurídicos– sin causa legal que la permita. Así, sólo una acción típica penal puede constituir un injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el orden jurídico. Pues hay conductas antijurídicas según el Derecho civil o administrativo que son penalmente irrelevantes. Y sin que ello autorice a pensar que la afectación a bienes jurídicos no interesaría para decidir si una acción es antijurídica en otras aéreas del Derecho. Ya que aquélla es esencial para legitimar la sancionabilidad de cualquier conducta en un Estado de Derecho concebido desde la C.

Y es que entender que la afectación de bienes jurídicos no importaría para resolver si una conducta es antijurídica a efecto de punirla, es enfilarse a un sistema autoritario, pues punir acciones que no aquejen bienes jurídicos conlleva a un estado-policía que prohíba conductas no lesivas, con limitaciones intolerables al disfrute de libertades, en desatención al artículo 22 C., que exige que toda pena deba ser proporcional a la afectación al bien jurídico. Por ello, en el Derecho sancionador debieran primar dos reglas. Una es el derecho al ejercicio responsable de nuestras libertades, cuyo límite es el respeto a los bienes jurídicos ajenos.<sup>344</sup> Y de ahí

343 Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, México, D. F., Imprenta Universitaria, 1952, pp. 1 a 13, 117 y ss.

344 Desde la exposición de motivos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en la junta inaugural del Congreso Constituyente, el 1º de diciembre de 1916, se apuntó: “...el mejor arreglo constitucional, es el que más protege el

–como segunda regla–, sólo debieran sancionarse conductas si afectan bienes vinculados a derechos fundamentales o dirigidos a satisfacerlos.

4. De esta manera, aunque la antijuridicidad no es un juicio solo reservado a la materia penal, aquélla sí se convierte en un límite al poder sancionador estatal, que respecto al delito se manifiesta en la exigencia que la conducta que concrete un tipo penal afecte al bien jurídico en él protegido y, además, contraríe la norma prohibitiva (deducida del mismo tipo penal en vinculación con la ausencia de causas de licitud).

Ahora bien, la antijuridicidad –como juicio de desvalor de una conducta afectante de bienes jurídicos que se opone a derecho– no es exclusiva del Derecho Penal. Pues si bien es cierto que en otras materias del Derecho se responsabiliza por el daño causado por otro, como sucede con la obligación de reparar el daño para los que guardan una relación de vigilancia con quien causa el daño, igual es verdad que tal obligación nace del hecho ilícito realizado por ese otro: menores, incapaces, etc., cuya conducta lesionó bienes jurídicos.

Y aunque también es innegable que se obliga a indemnizar por el daño que origina el uso de instrumentos peligrosos, sin que haya contrariedad de una conducta con norma alguna. Igual es indudable que no todas las obligaciones derivan de conductas antinormativas: y, además, en dichos casos existe lesión a bienes jurídicos que origina el manejo de dichos instrumentos –cuyo empleo da beneficios al dueño o disponente del instrumento– y que en su conjunto motivan la obligación de indemnizar.

Es a la par verdad, que hay conductas violatorias de reglamentos sin que necesariamente conlleven lesión a un bien jurídico (desde el viandante que cruza la calle vacía cuando el semáforo está en verde para el tráfico rodado, hasta el conductor que desatiende la señal de alto, al ver que no vienen coches por la vía libre; sin embargo, la razón de las normas prohibitivas de dichos reglamentos está dada por el peligro potencial de lesión a bienes jurídicos que representa su infracción.

Y si por antijuridicidad debiera entenderse la mera oposición de una conducta con una norma, aunque ella no afectara bienes jurídicos –lo cual es discutible–, cabe recordar que la razón de las normas prohibitivas que involucran los tipos penales, es disuadir las afectaciones a bienes jurídicos (artículo 22 C.), imputables a las conductas que los concreten sin que las ampare causa de licitud. Así pues, la antijuridicidad es un signo esencial del delito, pero ella pertenece a todo el campo del Derecho, en tanto hay un sinnúmero de conductas antijurídicas que no están tipificadas penalmente y que, por ende, no son delito.

5. En Derecho Penal suele distinguirse entre injusto y antijuridicidad. Sin embargo, esa diferencia solo tiene valor, en cuanto la antijuridicidad es el juicio que se pronuncia sobre el carácter desvalioso de una conducta que afecta bienes jurídicos y es opuesta a una norma jurídica. Mientras que el injusto es una conducta típica penal contraria a la norma prohibitiva derivada del tipo penal concretado, (colegida de éste en vinculación con la ausencia de causas de licitud). Ya que en materia penal el objeto sobre el cual recae el juicio de antijuridicidad, no es cualquier conducta lesiva e ilícita. Sino él se endereza sobre una conducta que haya concretado un tipo penal, afectando –por ello– al bien o bienes protegidos en él, y valorada como contraria a su norma prohibitiva por realizarse sin causa de licitud.

6. Dicho de otro modo, es en la conducta típica donde ya hay una grapa con la antijuridicidad, a través de la lesión o peligro a bienes jurídicos que aquélla entraña y cuya concreción señala su oposición a la norma prohibitiva subyacente en el tipo penal realizado. El carácter indicador –no definitorio– de la antijuridicidad que tiene una conducta típica viene dado porque la misma siempre involucrará la afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal concretado, pero no necesariamente conllevará que sea contraria a la prohibición de la norma derivada de ese tipo penal, dada la existencia de causas de licitud que también valen para todo el Derecho y, por tanto, para todos. Ya que de estas causas de licitud también se coligen límites a las normas prohibitivas deducidas de los tipos penales.

Ello es así, porque las causas de licitud implican normas permisivas de conductas lesivas, que –en casos de conflicto de intereses– acotan a las normas prohibitivas de los tipos. De tal suerte que la norma prohibitiva derivada de un tipo penal no veda concretarlo sin más, sino sólo proscribire actualizarlo sin el amparo de causa de licitud. Y es que el legislador instituye a los tipos penales y también establece causas de licitud, cuya concurrencia permite concretar lícitamente un tipo penal en casos de conflictos de intereses, donde es el mismo legislador quien determina cuál prevalece, conforme a pautas válidas para todos. Por ello, la conducta típica sólo será antijurídica –y prohibida– si se realizó sin causa de licitud.

Estimar que las causas de licitud no excluirían la prohibición de la conducta típica, sino sólo la justificarían, no explica ¿cómo sería posible que una conducta prohibida legalmente, no contraríe al Derecho, por realizarla al amparo de una causa legal que la permite? Las causas de licitud no justifican una conducta típica prohibida, sino que impiden que una conducta, aunque típica, sea contraria a la norma prohibitiva deducida del tipo por concretarlo con causa de licitud. Así, solo cabrá afirmar que una conducta contrarió la norma prohibitiva deducida de un tipo penal, si lo concretó sin el amparo de una causa de licitud. Sólo en tal sentido es racional sostener que una conducta típica constituyó un “injusto” penal.



7. De ahí que cuando se afirma que la tipicidad de una conducta indica su índole injusta, se alude a una conducta cuya adecuación a un tipo penal permite asumir su antijuridicidad, pero no fundarla por sí. En tanto la conducta podrá ser típica, pero conforme a Derecho y, por ende, no prohibida, cuando se efectuó al amparo de causa de licitud. Por ejemplo, el homicidio en defensa legítima. O el allanamiento de morada sin consentimiento por quien deba darlo, cuando en virtud del ingreso se salva la vivienda de incendiarse por un fuego que se inicia en uno de sus aposentos.

Por ello, las normas prohibitivas que se deducen de los tipos penales estarán incompletas si no se les asocia con la falta de las causas de licitud, que el mismo legislador consigna en la ley. Ya que de esa interrelación se desprende que las normas prohibitivas deducidas de los tipos penales, solo vedan concretarlos si no concurre causa que legitime las conductas descritas en aquéllos. La ausencia de causas de ilicitud no se involucra en los tipos penales, para que así pudiera asumirse que toda conducta típica será prohibida. Sino que la índole injusta de una conducta típica sólo podrá sostenerse cuando no haya concurrido causa de licitud que evite la oposición de la conducta típica con la norma prohibitiva.

8. En tal sentido, por regla general en la ley no se formulan tipos penales de injustos, sino, por un lado, se establecen tipos penales de conductas afectantes de bienes jurídicos, y por el otro, causas de licitud que bajo ciertas condiciones permiten lesionar bienes jurídicos ajenos en casos de conflictos de intereses. Y aun cuando de los tipos penales es posible deducir normas que prohíben realizar las conductas que aquéllos prevén. Lo cierto es que dichas normas prohibitivas estarán incompletas si no se les asocia la falta de causas de licitud, que el mismo legislador erige como normas permisivas de conductas lesivas de bienes jurídicos.

Así, en la esfera legal existen, por un lado, los tipos penales, en los que sólo algunos incluyen elementos de desvalor jurídico de la acción por los que ésta ya deba estimarse desaprobada desde ese nivel. Y, por el otro, en dicha esfera también existen las causas de licitud, mismas que presuponen conductas afectantes de bienes jurídicos, pero que serán lícitas si se ajustan a dichas normas permisivas. De la interrelación entre esos extremos se deducen las normas penales prohibitivas, que no solo vedan concretar los tipos penales, sino que proscriben realizarlos sin causa de licitud.

Y es que, si se estimara que la oposición de una conducta con la norma prohibitiva de un tipo penal, siempre se daría con la concreción del mismo, se desatendería que por más que la norma prohibitiva se colija del tipo penal, éste y aquélla tienen contenido distinto. Ya que por lo general los tipos penales no describen injustos, sino solo delimitan conductas que afectan bienes jurídicos. Y dado que la norma prohibitiva inferida del tipo lógicamente sólo tiene valor si se le asocia con las causas de licitud, en tanto el legislador permite las conductas lesivas que se ajusten a las mismas. De tal guisa que una conducta típica sólo cabe estimarla prohibida cuando se efectúe sin causa que la legitime, en virtud del principio de unidad armónica del Derecho.

9. De esa manera, si bien es cierto que en el mundo de relación también se examina si la conducta típica constituyó un “injusto”, es decir, si contrarió la norma prohibitiva del tipo penal concretado. Igual es verdad, que, para decidir el carácter típico de la conducta, sólo cabe tomar en cuenta la concreción de los elementos que se desprendan del tipo penal de que se trate, sin introducir otras condiciones que no demande su contenido. Y sin perjuicio de que, aun dada la tipicidad de la conducta, ésta se valore como injusta porque, además, se realizó sin causa de licitud. O viceversa, que el injusto no pueda sostenerse, si la conducta – aun siendo típica– se efectuó al amparo de una causa de licitud y, por ello, se ajustó a la norma.

## B. NORMAS PROHIBITIVAS Y NORMAS PERMISIVAS

1. La exégesis contextual entre las normas prohibitivas deducidas de los tipos penales, las normas permisivas deducidas de las causas de licitud y el principio de que todo lo que no esté prohibido o mandado está permitido, apareja que cuando se dan conflictos de intereses quepa que se dé una conducta típica y, por tanto, lesiva, pero que se ajuste a una causa de licitud, excluyendo la prohibición y confirmando al Derecho en vez de contrariarlo.

Y es que de la ley penal no solo se deducen preceptos prohibitivos, sino también normas permisivas cuya no concreción forma parte del enunciado prohibitivo de aquellos preceptos. Las normas permisivas se deducen de las causas de licitud, que como tales no son anomalías a la antinormatividad objetiva a que dé pie una conducta típica, sino más bien sucede a la inversa. Ello se debe al carácter fragmentado del poder penal, pues los tipos penales implican normas que prohíben sólo ciertas conductas lesivas descritas en ellos, si se efectúan sin causa de licitud. Mientras que, salvo el cumplimiento de un deber, las causas de licitud se hallan dentro del universo de conductas que cabe realizar en el ejercicio responsable de la libertad.

2. En efecto, las normas permisivas conllevan el ejercicio responsable de derechos o el ajuste a deberes, que impiden secuelas adversas para bienes jurídicos propios o de terceros, o hacen posible la eficacia del Derecho, con frecuencia motivadas por el ejercicio irresponsable de la libertad de otros o por el incumplimiento de ciertos deberes impuestos por la ley, que a su vez afectan bienes jurídicos. Las causas de licitud existen pues, para reafirmar el derecho de autodeterminación en protección necesaria de bienes jurídicos, y resolver su prevalencia en un esquema de valores jurídicos. Y el hecho de que las conductas lesivas permitidas estén regladas, se debe justamente a que ellas lesionan bienes jurídicos.

La lesividad que involucra el ejercicio de tal clase de derechos y deberes amerita ajustar su ejercicio a las pautas de las causas de licitud, que demarcan su práctica responsable. Llamarlas pues normas permisivas no significa renunciar al derecho de libertad que ellas implican, sino acotar su ejercicio responsable. Porque cuando tal ejercicio conlleva la lesión de bienes, es natural

que aquél deba limitarse a las condiciones en que es lícito afectarlos. Dicho de otro modo, si dichas normas permisivas implican la necesidad de lesionar bienes jurídicos en un conflicto de intereses, sea preciso que la ley pauté su afectación.

De esa manera, lo general es el ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de ciertos y específicos deberes con cuño legal, ámbitos en los cuales se enmarcan las causas de licitud, (justificación o permisión). Y lo particular es la realización de una conducta típica sin causa que la legitime. La paradoja ocurre por la razón de creación legal de los tipos penales y de las causas de licitud.

3. Los tipos penales son supuestos legales cuyo fin es disuadir conductas que afectan bienes jurídicos en ciertos ámbitos de prohibición delimitados en ellos, las cuales son islas en el gran océano del ejercicio de la libertad responsable, del que brotan las causas de licitud que se unen a los deberes jurídicos para preservar bienes jurídicos y la prevalencia del Derecho. Y aunque se arguya que no tiene sentido permitir lo que no está prohibido, lo cierto es que las conductas lesivas permitidas estén regladas, precisamente porque ellas lesionan bienes jurídicos, lo cual requiere ajustar su realización a ciertas pautas que acoten su práctica responsable. De tal manera que, si al amparo de una causa de licitud se lesiona típicamente a un bien jurídico, se realizará una conducta lícita y, por tanto, no prohibida.

4. Las causas de licitud (o de justificación), como pautas regladas del ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de deberes se formulan en escenarios de conflicto de intereses, donde es el Derecho el que valora cuál prevalece. Y en ese contexto, las causas de licitud en interrelación con los tipos penales, codeterminan qué conductas típicas se prohíben por las normas deducidas de dicha conexión. La norma prohibitiva del homicidio no veda matar, sino matar sin causa de licitud. Si se mata con causa de justificación no se contradice la norma, sino que se le confirma. Por ello, la conducta típica indica, pero no evidencia que sea prohibida, sino solo cuando se haya realizado sin causa de licitud podrá sostenerse que la misma constituyó un injusto.

Dice Zaffaroni: “No se trata de un análisis donde se pone y se quita, ni en el que se afirma y se recorta, sino de una dialéctica en que se afirma, se niega y se sintetiza”.<sup>345</sup> Y añade:

“La célebre afirmación de que no es lo mismo matar a un ser humano en defensa legítima que matar a un mosquito, es equívoca, y puede ser falsa: comparten la misma naturaleza esencial ambas acciones, pues ambas dan lugar a hechos lícitos y forman parte del mismo sustrato de libertad. No obstante, es verdadera en la medida en que es racional que se exija una atención particular y síntesis ulterior a la luz de un precepto circunstanciante, cuando el ejercicio de un derecho consiste precisamente en la realización de una acción típica”.<sup>346</sup>

“Por ello, la tipicidad de una conducta no pasa de ser una muestra ab initio de su antijuridicidad, puesto –como enfatiza el autor argentino– “...solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la acción”.<sup>347</sup>

### C. CONTRARIEDAD CON LA NORMA EN EL INJUSTO Y EN LA CULPABILIDAD

1. La doctrina sostiene que las normas prohibitivas tienen una doble función ante las acciones descritas en los tipos, una atañe a su antijuridicidad y la otra a la culpabilidad de quien las realice. La primera función de esas normas es de índole ordenadora-valorativa, en tanto ellas sirven para determinar qué conductas típicas son contra Derecho, y la segunda función de dichas normas prohibitivas es motivadora, en tanto se dirigen a las personas con la amenaza de pena, para que se inhiban de concretar las conductas típicas prohibidas.

2. Ello también quiere decir, que la función valorativa-ordenadora de las normas prohibitivas deducidas de los tipos, debe tomar en cuenta las causas de licitud, a efecto de fijar jurídicamente en primer lugar, qué conductas típicas son contrarias a Derecho o conformes al mismo, pero con abstracción de que sus prohibiciones puedan o no conocerse o acatarse por sus destinatarios. Y es que cuando una persona se acomoda con su conducta al supuesto legal de un hecho punible, sin causa que la justifique, en realidad puede afirmarse que aquélla es antijurídica, por su disonancia objetiva con la norma prohibitiva. Mismo juicio del desvalor jurídico de una conducta típica, que al ser contra Derecho vale para todos y no tiene por qué ser tolerada por otros.

Sin embargo, sostener que una persona realizó un injusto penal no apareja necesariamente que ella haya infringido la norma prohibitiva del tipo penal en su perspectiva motivadora. En tanto que si el fin legislativo de los tipos penales, es disuadir a los individuos a que no afecten los bienes jurídicos protegidos en la forma que aquéllos describen, luego, será preciso que cuando una persona realice un injusto, sepa la punibilidad de su conducta, o pueda imaginarla sin mayor esfuerzo, para que así pueda acatar la norma prohibitiva del tipo penal de que se trate; lo cual se determina en el siguiente estrato del delito, es decir, en la culpabilidad del agente.

<sup>345</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 563.

<sup>346</sup> Idem.

<sup>347</sup> Ibidem.

Dicho en otras palabras, no cabrá sostener que una persona haya desacatado la norma prohibitiva deducida de un tipo penal, solo porque lo concretó sin causa de licitud, sino solo cuando al realizar el injusto le era exigible ajustarse a dicha norma prohibitiva, porque conocía la punibilidad de su conducta o estuvo en condiciones que le permitían imaginársela sin mayor esfuerzo y en cualquier caso observar la norma. Cuestiones estas, que corresponde decidir las al resolver la culpabilidad del agente.

3. Con base en lo expuesto es posible concluir que el desvalor de una conducta típica como antijurídica, se da porque ella se opuso a la norma prohibitiva del tipo penal de que se trate, al realizarse sin causa de licitud. Y en tal sentido, la función ordenadora-valorativa de la norma prohibitiva es fijar de manera objetiva qué comportamientos siendo típicos, son contra Derecho y prohibidos.

Mientras que en el estrato de la culpabilidad se examina, entre otros aspectos, precisamente si la persona al realizar un injusto penal, obró con conciencia del mismo. Y ello es así, porque si el fin de los tipos penales es “motivar” a las personas mediante la conminación de pena a que obedezcan la prohibición penal de las normas deducidas de aquéllos, luego, la culpabilidad de una persona solo quepa ser declarada, entre otras condiciones, si al realizar un injusto la misma estaba en condiciones de motivarse conforme a la prohibición de su conducta, porque sabía de su punibilidad o concurrían circunstancias que le permitían imaginarla sin mayor esfuerzo.

De ese modo, una conducta típica puede ser antijurídica sin ser culpable. Así, el inimputable que mata a otro sin causa de licitud, realizará un injusto. Y ello es correcto. Porque la conducta del inimputable contrarió objetivamente la norma prohibitiva ínsita en el tipo de homicidio, sin que esa discordancia se neutralizara con alguna causa de licitud. Pero sin que por ello ya pueda afirmarse que esa persona “desobedeció” la norma, simplemente porque no la podía “desobedecer” debido a su incapacidad de comprenderla o de decidirse según esa comprensión y, por ende, de poder ser culpable. Y en tanto que la infracción de esa clase de normas sólo tiene sentido en un contexto de comunicación con sus destinatarios, cuando puedan motivarse conforme a ellas.

La conducta que concrete un tipo penal y sea, además, objetivamente antijurídica porque se realizó sin causa de licitud, no será pues –por ese solo hecho– una conducta culpable, sino solo –y solo si– al realizarla, la persona conocía la punibilidad de la misma o concurren circunstancias que le permitían sin mayor esfuerzo conocer de aquélla y en cualquier caso ajustarse a la norma prohibitiva.

#### D. DESVALOR DE LA ACCIÓN Y DESVALOR DEL RESULTADO

1. Desde hace tiempo, especialmente a partir de los postulados de Welzel sobre su teoría final de la acción, se puso en claro que el desvalor del injusto reside en la conducta y no en el resultado (entendido como lesión o peligro al bien jurídico.) Ello parecía contradecir los estudios de Mezger de que el injusto se caracterizaba por la lesión de bienes jurídicos, más que por la contradicción con el Derecho. Las consecuencias de la conducta –más que la conducta en sí– eran las que importaban para definir el injusto, (cuyo aspecto subjetivo era tarea reservada al estrato de la culpabilidad). Pero Welzel destacó –correctamente– que “...las prohibiciones penales no se dirigen a procesos causales ciegos, sino a las acciones de las personas, las cuales tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro”.<sup>348</sup>

2. Como secuela de ello será correcto sostener que la desvaloración de una conducta típica como constitutiva de un injusto, no solo se da por su índole típica, sino también por su contradicción con la norma prohibitiva deducida del tipo. Y, por ende, que tal juicio de desvalor se dirige a una conducta, sin que la afectación que irroge sea suficiente para emitirlo. Es más, para sostener la contrariedad de una conducta con la norma, ninguna diferencia habrá entre quien dispara su pistola contra otro para matarlo sin conseguirlo, de cuando sí lo logra. En ambas acciones es igual su contrariedad con la norma. Y tampoco la habrá entre quien se pasa un alto sin que pase nada y quien, desatendiendo la señal, ocasiona daños. La contrariedad de esas conductas con el deber de cuidado es la misma.

3. No obstante, hay que rechazar la tendencia a suprimir del injusto a la afectación de un bien jurídico, para estimar que aquél solo se configuraría por la conducta contraria a la norma. Porque, aunque sea cierto que las normas prohibitivas se dirigen a las acciones típicas y no a los resultados. Igual lo es que esa postura desatiende que la razón de las conminaciones penales, radica en la protección contra afectaciones a bienes jurídicos que aquéllas tienden a disuadir. Así como también pasa por alto que no sólo en materia penal, sino en cualquier otra, será autoritario derivar secuelas sancionatorias con base en la desaprobación de acciones como antinormativas, sin importar que afecten bienes jurídicos.

Una postura así en el ámbito penal, da carta blanca al Estado para punir cualquier conducta, aunque no lesione ni pueda lesionar un bien jurídico. Ella abre la puerta a un poder penal de intervención máxima, para crear delitos de mera desobediencia, según los vaivenes de la democracia formal, pero en desacato del primer límite al poder punitivo, como es que la conducta que haya de punirse afecte bienes jurídicos (artículo 22 C.). Bienes jurídicos que pueden estar o no reconocidos en otras leyes y que han de derivarse de los derechos mismos que protege la C., (en acato al principio de proporcionalidad del mismo artículo 22 C.) Lo cual reafirma el carácter de intervención mínima que ha de tener el poder punitivo, y que le incumbe postular al Derecho Penal.

348 Welzel, Hans, citado por Stratenwerth, Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, p. 42.

4. La tesis que suprime la afectación de bienes jurídicos como componente para sostener el injusto, tiende a allanar la distinta punibilidad que el legislador asigna al delito consumado, en relación con el cometido en grado de tentativa y se inclina a sancionar como delito culposo, la conducta de quien contraría un deber de cuidado, sin que motive un resultado lesivo. También se orienta a nivelar las desiguales puniciones que se derivan de aquellos supuestos. Y, además, favorece la ampliación del poder punitivo a todos los campos del Derecho, abarcando meras violaciones formales o burocráticas. En suma, facilita la asunción de un indeseable estado-policía, con facultades de intromisiones difícilmente tolerables y no legitimables en el ámbito de nuestras libertades.

Todo ello sin contar que el mínimo sentimiento jurídico exige considerar al resultado, para dar mayor o menor peso de desvalor a la conducta que le dé pie. Sencillamente, porque para la impresión jurídica general, no es lo mismo la conducta del homicida que fracasa, que la de quien mata a otro, o –parafraseando a Stratenwerth–: “...cuando por un disparo es condenada una persona a un padecimiento de por vida... y del mismo modo, cuando una conducta imprudente destruye una vida humana, que cuando afortunadamente no pasa nada”.<sup>349</sup>

Contra aquella postura ya se pronunció Welzel, cuando rechazó que el injusto se sustente en el mero desvalor del resultado. Aquél señaló: “...la doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado”.<sup>350</sup>

Y de la misma forma, añadió:

“...En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o puesta en peligro al bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca en el sentido de que la lesión caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción)”.<sup>351</sup>

5. También Roxin se opone a las posturas que fincan el juicio del injusto en la mera contrariedad de la conducta con la norma. Y dice que aun cuando están superadas las teorías que hacían depender el injusto sólo del resultado, acota:

“...que no son obsoletas, en la medida que se ocupan de la cuestión del injusto referido al autor. Junto a esto, la concepción hoy dominante pone también en la base del injusto una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser. Y mientras la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción, la norma de valoración también abarca al resultado y por ello el delito consumado supone un injusto más grave que la tentativa”.<sup>352</sup>

Para enseguida señalar:

...una orientación reciente, invirtiendo las posiciones de las antiguas teorías orientadas al resultado, pretende basar el injusto sólo en el desvalor de la acción y negar el del resultado. Tal concepción del injusto, si se le pone en práctica... obliga a sacar consecuencias bastante fuertes, habría que equiparar el delito consumado al intentado, y la punibilidad no dependería del resultado en la imprudencia, sino solo de la infracción del cuidado debido.<sup>353</sup>

Por lo que concluye:

...hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto. La frase de que sólo pueden prohibirse acciones y no resultados sólo es correcta, en cuanto que los resultados no pueden prohibirse con independencia de las acciones humanas, pues no tiene sentido prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables.

Con lo que Roxin remata: “... por tanto, en Derecho Penal no hay injusto del resultado, sin injusto de la acción, pero perfectamente pueden prohibirse resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido”.<sup>354</sup>

## E. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y FORMAL EN EL INJUSTO

349 Stratenwerth, Günter, *Acción y Resultado en derecho penal*, traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires 1991, Editorial Hammurabi, S.R.L., p. 51.

350 Welzel, Hans, *Derecho Penal...*, op. cit. p. 92.

351 Aunque Welzel también consideró que desvalor del resultado (afectación a un bien jurídico) sería un elemento que puede faltar en el caso concreto, sin que desaparezca el de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea. (Welzel, Hans, *Derecho Penal...*, op. cit. p. 92.) Recuérdese que el Derecho Penal Alemán, influido por von Buri, estima posible la punición de conductas cuando erróneamente se creé que existe algún elemento objetivo del tipo, aunque en realidad el mismo falte ab-initio.

352 Idem, op. cit., pp. 323 y 324.

353 Ibidem, p. 324.

354 Ibidem.

1. El concepto de antijuridicidad material ha tenido diferentes significados. Por ejemplo, la concepción de “daño público” del positivismo italiano de corte autoritario.<sup>355</sup> Empero, ahora se entiende por antijuridicidad material el juicio de desvalor de una conducta porque afecta bienes jurídicos. Así, la afectación a bienes jurídicos ajenos, es la que la doctrina –siguiendo la tesis de Mezger<sup>356</sup>– identificó en su momento como “antijuridicidad material”.

2. Sin embargo, la conducta que afecte un bien jurídico, no funda por sí la antijuridicidad en el injusto. Pues es ineludible que al afectar al bien jurídico la conducta también contraría al Derecho. En materia penal ello implica que la conducta afectante del bien ha de ser opuesta a la norma prohibitiva colegida del tipo. Cuya primera función es la de servir como pauta objetiva para valorar las conductas típicas como prohibidas si se efectúan sin el amparo de una causa de licitud, misma pauta que vale para todos. Así, cada conducta típica para ser injusta debe contrariar la norma prohibitiva que subyace en el tipo, misma que veda concretarlo sin causa de licitud, (y que en caso de concurrir impide la contradicción con la norma), la cual la doctrina ha identificado como “antijuridicidad formal”.

En los tipos penales de acción, la norma subyacente prohíbe realizar la conducta activa que describe o implica el tipo. Y de la cual el sujeto debe abstenerse para no lesionar el bien jurídico. En los tipos penales de omisión, la norma prohíbe abstenerse de cumplir el deber de hacer lo posible para, igualmente, salvaguardar el bien protegido en el tipo. Pero, en cualquier caso, esas prohibiciones sólo son válidas si es que no concurre causa que legitime la conducta típica. Salvedad que evidencia un punto toral: la conducta típica no sólo será antijurídica porque afectó un bien jurídico –como primer elemento de la antijuridicidad– sino, además, porque aquélla contrarió la norma prohibitiva, según se desprende ésta del tipo penal y de la ausencia de causas de licitud.

3. Y es que sería absurdo que el legislador prohibiera la concreción de los tipos penales y a la vez estimara lícita la conducta típica que se ajuste a las causas de licitud fijadas por aquél. La conducta típica –afectante de bienes jurídicos (antijuridicidad material) – indica la contradicción de aquélla con la norma prohibitiva del tipo penal de que se trate (antijuridicidad formal). Más tal conducta no contrariará dicha norma, si se ajusta a las condiciones en las que la ley la estima lícita, por otorgar preponderancia a intereses de mayor valía. (Esas condiciones son conocidas como causas de justificación, de permiso o de licitud.)

En tales casos podrá haber conducta típica lesiva de un bien jurídico, pero ella no contradirá la norma y por tanto no constituirá un injusto. Yerra pues quien afirme la antijuridicidad de una conducta típica consiste en oponerse a la norma prohibitiva que subyace en cada tipo penal, más con independencia de las causas de licitud. Ya que las normas prohibitivas que se deducen de los tipos penales sólo tienen sentido cuando se les relaciona con las normas permisivas de conductas lesivas en el ámbito del ejercicio responsable de nuestras libertades o del cumplimiento de deberes que se desprenden de las causas de licitud. Ello es así, porque en ellas el propio Derecho permite o manda el comportamiento típico lesivo de un bien jurídico, para salvaguardar un interés jurídico que reputa preponderante.

Y cuando el sujeto ejercita su derecho o cumple su deber ajustándose a una causa de licitud, no solo impide la antinormatividad de su conducta, sino hace prevalecer al Derecho. Quien mata en defensa legítima lesiona la vida humana, pero su conducta confirma al Derecho en vez de contradecirlo. Quien en situación de necesidad destruye una cosa ajena que salva la vida de otro, lesiona el patrimonio de un tercero, pero de ningún modo contraría al Derecho, sino que lo preserva al salvaguardar otro bien que el propio Derecho estima más valioso. En otras palabras, los bienes jurídicos, cualesquiera que sean sus titulares, pueden ser lesionados con una conducta, y no por eso ella ya será contraria a Derecho si es que se realizó al amparo de causa de licitud.

Si el policía en cumplimiento de su deber detiene a una persona, con motivo de una orden judicial de aprehensión, lesiona con ello la libertad, pero a la vez cumple y reafirma el orden jurídico. De aquí que, al lado de la lesión o peligro al bien jurídico, se erija la contrariedad al Derecho como parte esencial de toda conducta para que pueda reputarse como antijurídica. Afectación a un bien jurídico (antijuridicidad material) y contrariedad con la norma prohibitiva (antijuridicidad formal) son pues los elementos para proclamar el injusto respecto de una conducta típica. Son esos componentes cardinales los que cualifican a la conducta típica como antijurídica. Y cuya existencia el juez debe verificar para afirmar que la conducta típica constituyó un injusto penal.

5. Ahora bien, las nociones de “antijuridicidad material” y “antijuridicidad formal” son objeto de crítica con base en que ella es una sola, sin que existan diversas clases de antijuridicidad. Y ello es correcto. Aunque la cuestión es más semántica que de fondo. Pues el problema se corrige si en vez de “clases” de antijuridicidad, se alude a aspectos representativos de un mismo concepto: en el que su manifestación material reside en la afectación de bienes jurídicos por parte de una conducta, pero cuyo aspecto formal-valorativo involucra su contrariedad con una norma jurídica.

355 Zaffaroni menciona a Ferri en ese tenor, véase Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Derecho Penal, Parte General*, p. 570.

356 Mezger, Edmundo, citado por Stratenwerth, Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1991, pp. 27 y ss.

Por lo demás, diferenciar esos relieves tiene una función de interpretación importante. Así, siguiendo a Roxin<sup>357</sup>: mientras el aspecto formal-valorativo de la antijuridicidad que afirma la contrariedad de la conducta con la norma, que es igual en cualquier caso y por ello no permite graduar el injusto. Por su parte, la antijuridicidad material permite graduar la gravedad de la lesión de los bienes en casos concretos, para efectos de la pena. El robo de mil pesos y el robo de un millón de pesos revelan exactamente la misma antijuridicidad formal –la contrariedad con la norma es igual– pero a la vez indican una distinta trascendencia del injusto material, en virtud de la diversa magnitud de la lesión jurídica.

La idea de antijuridicidad material es igualmente apropiada para ponderar la pena legal de los diversos tipos, según el resultado, como acontece con la punibilidad de las lesiones leves respecto de las que son graves. Por ello, aunque no hay una antijuridicidad material y otra formal, sino solo una antijuridicidad de la conducta –que afecta bienes jurídicos y contraría la norma–, sí cabe diferenciar esos dos componentes, a efecto de ponderar la gravedad material del primer módulo de la conducta antijurídica, principalmente a efectos de la determinación de la pena legal y judicial que proporcionalmente corresponda al delito de que se trate.<sup>358</sup>

#### F. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO Y CRÍTICA DE SU TRASLADO A LAS CAUSAS DE LICITUD

1. Desde Welzel, seguido por pensadores, como Maurach, Niese, Weber, Wessels, Bockelmann, Cousiño MacIver<sup>359</sup>, Zaffaroni<sup>360</sup>, Roxin<sup>361</sup> y Jakobs<sup>362</sup> se ha impuesto la idea de que el injusto no es sólo objetivo, sino también subjetivo. Para ello se parte de la base de que para el Derecho Penal sólo importan como delitos las conductas que, además de típicas, son antijurídicas y culpables. Y así como en el análisis del delito, para decidir el injusto no debe hacerse abstracción de la afectación al bien jurídico, tampoco se le debe examinar desvinculado de la conducta típica.

Y ciertamente, en materia penal es respecto a la conducta típica que se afirma su índole injusta. Por ello, se sostiene, que el injusto penal no solo radica en el carácter antijurídico de la conducta, sino, además, en la conducta típica misma, con sus elementos objetivos y subjetivos.<sup>363</sup> Así, la antijuridicidad es objetiva, porque consiste en el juicio de desvalor de una conducta por ser contraria a una norma. Pero el injusto penal es otra cosa, en tanto que el mismo se conforma por una conducta típica penal y antijurídica, la cual envuelve aspectos objetivos y subjetivos, y dentro de estos últimos, al dolo y algunos perfiles del fin de la conducta culpable.

2. Sin embargo, con apoyo en esa idea, también se ha derivado que cabría entender de igual modo a las causas que excluyen la índole injusta de una conducta. Es decir, para que se concrete una causa de licitud –o de justificación– sería preciso que el agente actúe sabiendo de las circunstancias que la originan. Así, según tal perspectiva, si en la defensa legítima el sujeto ignora las circunstancias en virtud de las cuales se legitima su repulsión de la agresión ilícita o si cree erróneamente que ya cesó la agresión y enojado lesiona a su agresor, será claro que aquél no conocía o erraba sobre las circunstancias que daban pie a la eximente y, por ende, ésta no se concretaría.

De esa manera, los actos de defensa no se legitimarían porque objetivamente medie una agresión actual o inminente y sin derecho, ante la cual se realice una acción que la rechaza de manera necesaria y racional. Sino sólo cuando, además, el agredido perciba las circunstancias de la agresión ilícita que le motive actuar de aquella manera. Con base en ello se ha visto la razón por la cual sería típica y antijurídica la conducta de quien mata a otro ignorando que éste, en ese momento, ya le apuntaba con su arma, aprestándose a matarlo. Puesto que en tal evento y según tal postura, no habría defensa legítima, ya que el agente no tuvo conocimiento de la agresión –ni actuó, por ende, con la voluntad de defenderse–.

Y según tal tesis, podría añadirse que dicho conocimiento y voluntad definirían el injusto en casos concretos. Por ejemplo: la decisión de si hay o falta la antijuridicidad de la conducta de quien hiere a otro en un ejercicio mutuo de la violencia –como dato objetivo–: pues el injusto no sólo dependerá de tal dato, sino del contenido de voluntad de cada cual, según el sujeto haya tenido ánimo de reñir o de defenderse de una ilícita agresión.

3. Sin embargo, ¿será sistemáticamente correcta la tesis que demanda elementos subjetivos en las causas de licitud? ¿Y en especial, será ella aceptable en un estado de derecho, donde el Derecho Penal limita al poder punitivo, con base en principios vinculados a derechos fundamentales?

357 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 321.

358 La ponderación de la trascendencia de la afectación al bien jurídico en el caso concreto adquiere especial importancia en México según las pautas para individualizar la pena, pues conforme a los artículos 52 del CPF, 72 del CPDF y 71 del CPC, uno de sus ejes en la fijación judicial de la pena gira en torno a la gravedad concreta del injusto.

359 Citados por Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.

360 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., p. 575.

361 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 554 y ss.

362 Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 423 y ss.

363 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 556.

Ciertamente, la tesis de los elementos subjetivos del injusto tiene puntos válidos. En tanto es comprensible que para el injusto se exija el conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan, que no son sino los elementos objetivos del tipo penal de que se trate. Es decir, porque para el juicio de tipicidad están la acción dolosa o culposa, en las que hay conocimiento con voluntad final –cuya diferencia estriba en la coincidencia o no del fin con el resultado aceptado o no–. Datos reales de la acción erigidos como límite al poder penal, correspondiéndose con un Derecho Penal que respeta la dignidad del portador de objeto regulado, y porque si no se dan esos presupuestos difícilmente podría hablarse luego de culpabilidad.

4. Pero una cosa son los elementos subjetivos del injusto y otra es que ellos también se demanden para las causas de licitud –como contrapartes del injusto–. En tanto que la transferencia de los elementos subjetivos del injusto a las causas de licitud plantea objeciones difíciles de superar. Dado que para constatar la índole injusta de una conducta típica basta verificar que se realizó sin causa de licitud, para sostener la contrariedad objetiva de dicha conducta típica con la norma prohibitiva (que veda la concreción de esa conducta sin que la ampare causa de licitud).

En tal sentido, tan es verdad que el injusto involucra la concreción de un tipo penal, que permite valorar la contrariedad de la conducta típica lesiva con la norma prohibitiva del tipo cuando falta causa de licitud, como igual es cierto, que el juicio de antijuridicidad de esa conducta es objetivo, ya que él se emite después de verificar la tipicidad de la conducta, en cuanto que al realizarla no concurrió una causa de licitud, a efecto de sostener la contrariedad de aquella con la norma prohibitiva deducida del tipo penal. Así, tal juicio solo evalúa la oposición objetiva de la conducta típica con la norma, sin que para ello atienda si el sujeto conocía las circunstancias constitutivas de los elementos objetivos del tipo concretado, pues dicho aspecto ya fue objeto del juicio de tipicidad.

No se pasa por alto que el conocimiento de la ilegalidad de la acción pueda exigirse respecto a un tipo penal con elementos normativos –como “ilegalmente”, por ejemplo–, que respecto al dolo aparezcan que el sujeto conozca que actúa contra Derecho. Pero, aun así, tal saber será exigencia del dolo como elemento del tipo penal, pero del mismo ya no tendrá que ocuparse el juicio de antijuridicidad de la conducta, en tanto ya lo atrapó el juicio de su tipicidad (que involucra al dolo como conocimiento de los elementos objetivos del tipo, o bien, en su caso, a la culpa, donde el fin de la acción discrepó del resultado). De esta manera, los elementos subjetivos del injusto no van más allá del dolo y los elementos subjetivos específicos del tipo, o de la culpa, respecto al tipo penal que concrete la persona.

5. Sin embargo, la tesis de los elementos subjetivos del injusto falla cuando se les traslada a las causas de licitud, por las razones siguientes:

Primera. Porque salvo el cumplimiento de deberes, las causas de licitud son derechos. Y así como nadie tiene por qué saber que ejercita un derecho para que ese derecho exista, tampoco nadie tiene por qué conocer qué es lo que hace para que sea válido el ejercicio de su derecho. Zaffaroni señala: “...nadie tiene que conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo”.<sup>364</sup> Si la existencia del derecho se hiciera depender de conocer las circunstancias en que se ejerce, se llegaría al absurdo de apreciar, por ejemplo, que quien profese una religión cuyos ritos desconozca o confunda al realizarlos, carecería del derecho de practicar los actos de su culto religioso (artículo 24 C.).

Y es que al exigirse elementos subjetivos en las causas de licitud se desatiende su naturaleza, pues éstas se dan en el ámbito de nuestros derechos –y de ciertos deberes jurídicos–, donde la concurrencia de uno de ellos en un conflicto de intereses impide la antijuridicidad de la conducta típica, ya que es el Derecho de los derechos y de los deberes, el que valora cuál interés prevalece.

Cuando se demanda el ánimo de reñir para la punición atenuada por riña, se está ante un elemento subjetivo específico que exige el tipo penal, que coloca al individuo en un plano de ilicitud ante otro en el ejercicio de la violencia mutuamente aceptada, que naturalmente excluye alguna causa de licitud. Pero si ese no es el caso, y se lesiona solo en la medida necesaria y racional al rechazar una agresión injusta, se está ante una situación valorada en la ley como defensa legítima y no tiene por qué exigirse al sujeto que conozca las circunstancias en que se realiza la agresión injusta para que aquél tenga el derecho de repelerla bajo los parámetros establecidos por el legislador para el ejercicio responsable de ese derecho.

Además, las normas prohibitivas subyacentes en los tipos penales en realidad limitan aún más la punibilidad de conductas típicas, pues las normas que prohíben las conductas descritas en dichos tipos, solo las vedan si se realizan sin causa de licitud. De tal suerte que las causas de licitud vienen a constituir anillos que rodean a dichas normas prohibitivas cuyo contenido involucra la ausencia de aquellas causas. Y en tanto que si el individuo obra al amparo de una causa de licitud, confirmará el ejercicio de su derecho o el cumplimiento de un deber, que impedirá fincarse al poder penal respecto a la conducta típica, por ser ajustada a la norma, haciendo que el Derecho prevalezca. Lo cual lleva a la segunda objeción.

Segunda. La exigencia de elementos subjetivos en las causas de licitud desatiende el fin de éstas, frente al que concierne a los tipos. Estos tienen un fin preventivo, cual es tratar de impedir las conductas lesivas que ellos acuñan, mismo que no puede

364 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 575.

trasladarse a las causas de licitud, ya que su razón es precisamente la de remediar situaciones jurídicamente indeseables haciendo prevalecer el Derecho en casos de conflicto de intereses, respecto de los que es el propio Derecho –a través del legislador– el que valora cuál prevalece de concretarse alguna causa de licitud. Zaffaroni cita a Nino en Argentina, quien señala:

“...el estado de necesidad, la legítima defensa y cualquier otro ejercicio de derechos, justifican la respectiva acción, con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente.”<sup>365</sup>

Y Nino añade:

“Esta conclusión está impuesta por la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar degradación moral del agente, sino a evitar situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión injusta, no da lugar a una situación social indeseable que el Derecho trate de prevenir, cualquiera que sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral”.<sup>366</sup>

Tercera. Por ello, el diverso argumento de que las causas de licitud han de obedecer a móviles éticos, hace depender la validez del ejercicio de nuestros derechos de la conciencia moral al ejercitarlos, cuando la ley no fija tal exigencia, sino por el contrario, con independencia de nuestros móviles y la conciencia moral de cada individuo, es el que decide cuál interés prevalece en un conflicto de intereses.

Y porque quienes niegan que pueda concretarse una defensa legítima de terceros si alguien se pasa un alto y choca con otro auto sin querer, matando al conductor armado que lleva a un secuestrado a punto de privarlo de su vida, con el argumento de que en esos eventos la acción se realiza en un contexto de ilicitud –violación de un deber de cuidado– y más, porque en acciones de aquella clase falta una motivación ética del agente e incluso en algunas puede existir deprivación de su parte. En realidad, desatienden las razones jurídicas siguientes:

1ª. Que cuando una conducta típica se realiza con una causa que la legítima, la norma permisiva que la sustenta neutraliza el desvalor de la violación al deber de cuidado que solo a prima facie motivó el carácter desaprobado de la conducta culposa para estimarla típica, dado que la conducta permitida es la necesaria y racional para rechazar una lesión injusta y donde el Derecho es el que resuelve cuál interés prevalece.

2ª. Que el requisito de motivos éticos para que se concreten las causas de licitud, carece de apoyo en la ley, simplemente porque ésta no los demanda para que se actualicen aquéllas.

3ª. Que, al exigirse el conocimiento de las circunstancias constitutivas de las causas de licitud, a mor de desconocer su carácter de derechos, lleva a soluciones injustas y a todas luces indeseables. Zaffaroni observa:

“...como el agente que desconoce, actuaría antijurídicamente y sería posible actuar lícitamente en su contra, luego, el que impide que otro dispare a alguien a través de una ventana, ignorando que está estrangulando a un tercero, podría ser muerto por quien quiere la muerte de la víctima de estrangulamiento, en defensa legítima del estrangulador”.<sup>367</sup>

Cuarta. Porque mientras el tenor de la causa de licitud de que se trate, no exija elementos subjetivos, no hay porque requerirlos. Examinar el dolo en el tipo se justifica como límite al poder punitivo respecto de conductas que el legislador amenaza con pena, para que de aquellas se tomen datos de su realidad, en respeto a la dignidad de su portador. Pero la inexigencia de los elementos subjetivos en las causas de licitud es por igual congruente con esa tesis limitadora, en cuanto respeta el ejercicio de derechos y a la vez protege los bienes y valores que el Derecho estima preponderantes en caso de conflicto entre ellos. Y con la cual no se condice la postura de incluir elementos subjetivos en las causas de licitud.

Quinta. Porque en el Derecho Penal Mexicano no cabe aceptar –como estima Roxin<sup>368</sup>–, que la representación errónea de las circunstancias que motivarían una causa de licitud debería ser tratada como un caso al que le fuera aplicable, por analogía, el error de tipo, (estrechando los términos de los artículos 15-VIII-B) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF; esto es, cuando [el agente] “...crea que está justificada su conducta”). Por ejemplo, cuando no exista una agresión, pero el agente confunda las circunstancias con aquélla. Dado que –según Roxin<sup>369</sup>–, en tal caso no habría diferencia alguna con el error de tipo sobre aspectos de igual índole que fundamentan la exclusión del dolo. Y, por ende, por analogía la conducta cabría apreciarla a la luz del error de tipo.

---

365 Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.

366 Ibidem.

367 Idem., op. cit., p. 575.

368 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 596 a 601 y 667.

369 Idem.



Y es que, en los CPF y CPDF y en el Proyecto del CPC, el legislador distinguió entre el error de tipo –que afecta a la tipicidad– y el error de prohibición –que atañe a la culpabilidad– como excluyentes de delito,<sup>370</sup> y precisamente dentro del yerro de prohibición invencible –que excluye a la culpabilidad– comprendió al desconocimiento o la equivocada representación insuperable de circunstancias que habrían justificado la conducta<sup>371</sup>, por lo que no hay necesidad de recurrir por analogía a los baremos del error de tipo para resolver un problema que ya tiene su solución específica en el error de prohibición.

Además, la solución de Roxin no se compadece con el trato legal diferente que se da en México a la “vencibilidad” del error de tipo y de prohibición. Por ejemplo, durante la noche se mata a quien de improviso se acerca con un arma en la mano, sin advertir –pudiendo hacerlo sin mayor esfuerzo– que es el velador vecino que viene a avisar de un robo. ¿Cómo se fundaría el error en la culpa –en la cual se sustenta el error vencible de tipo–, cuando el sujeto sí quiso el resultado que produjo?

Ya Muñoz Conde apunta que en aquella solución hay una incongruencia metodológica:<sup>372</sup> pues no parece indicado sancionar como culposo el error, cuando no se trata de que la muerte fuese previsible, ni de que se violó un deber de cuidado que motivó un resultado no aceptado: sino de que el sujeto quiso y no solo aceptó el resultado. Por lo que la fundamentación culposa del error vencible de tipo, no podría sostenerse.

Sexta. Porque tampoco puede coincidir con las soluciones de quienes sostienen elementos subjetivos en las causas de licitud para fundar un homicidio en grado de tentativa, con base en el desvalor de la acción en el caso de quien dispara contra otro y lo mata, ignorando que en ese momento aquél estaba a punto de matarle. Aunque tampoco sea aceptable la diversa postura de que no habría lesión al bien jurídico del agresor, porque su acción injusta haría que se desvalorara el bien de su vida, la cual en ese momento y por tal motivo carecería de la protección que le da el Derecho.

La última orientación olvida que el legislador justifica una acción de defensa legítima cuando se dan las condiciones de la misma en virtud del principio de la protección individualizada de bienes jurídicos y prevalencia del Derecho. Más ello no significa que en la ley se deje de considerar valioso el bien jurídico de la vida del agresor. De ser así, serían ociosas la necesidad y racionalidad de la defensa como condiciones para que sea legítima, ya que, de todas suertes, a partir de la agresión ilícita ya no habría un bien jurídico digno de proteger, para cuya lesión debieran exigirse aquellas condiciones.

Mas sin que tampoco pueda compartirse la solución apuntada por Roxin, quien con base en el desvalor de la acción –y según la legislación de su país–, también ha sostenido que aquella conducta cabría tratarla como tentativa punible.<sup>373</sup> Porque tal solución es incongruente con las condiciones exigidas en la ley mexicana para la tentativa punible, la que siempre involucra una acción peligrosa para el bien jurídico, pero no su lesión como sucede en el caso, en virtud de la muerte del agresor. Además, la tentativa punible también requiere que no se produzca el resultado o que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, y en el caso tan ocurre ese resultado como la consumación querida del delito.

Séptima. Porque no quita nada a lo dicho que el error sí deba tomarse en cuenta, cuando exista un desconocimiento o equivocada percepción sobre las circunstancias del hecho que se traduzca en incumplimiento de un deber. Por ejemplo, el policía que al cumplir una orden de aprehensión detiene a la persona equivocada debido a confusión de identidades. Ya que en tal caso el error versa sobre la “ilegalidad” de la privación de libertad, como elemento del tipo penal del mismo nombre, de tal guisa que la atipicidad ocurre por un yerro que excluye al dolo (el cual se impone como límite en un estado de derecho que impide un poder punitivo irracional).

Octava. Como cuando ya no se esté en el ámbito del tipo, también debe ser ajustado a Derecho acatar una orden injusta dada conforme a las facultades de quien la emite, mientras se carezca del poder de inspección y el Derecho dé a otro la competencia de enmendar el entuerto, y lo cual solo sufre excepción cuando el servidor público se niegue a obedecer la orden por ser claramente injusta. Y es que a veces se incurre en el error de estimar que, si hay una conducta antijurídica, también debiera serlo la de otro que se apoye en aquélla, cuando ello no es así, en la medida que la conducta se ajuste a la ley según los deberes del ejecutor. Por lo que en tal sentido la evaluación de la conducta injusta y de la ajustada a Derecho, procede de la ya hecha por el legislador.

#### G. VALORACIÓN EX-ANTE DE LAS CAUSAS DE LICITUD

---

370 Inciso b) de la fracción VIII de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF y artículos 66 del CPF, 83 del CPDF, 48-I y 51-I del CPC.

371 Idem.

372 Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1989, pp. 55 a 56.

373 Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal, Los tipos abiertos...*, op. cit., pp. 269 y ss. Asimismo, en *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, op. cit., p. 597.

1. De lo expuesto también se perfila la necesidad de valorar “ex-ante” la concurrencia de una causa de licitud, punto en el que parece coincidir la mayoría de la doctrina en sus diversas corrientes. Aunque ellas arriban a tal conclusión con razones que a veces son sustancialmente opuestas a las que se expondrán.<sup>374</sup>

La valoración ex-ante de una causa de licitud apareja que las circunstancias que le den motivo al momento de la acción, sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúe al amparo de la justificante. De tal modo que cualquiera que se imagine en esas circunstancias, le sea intolerable que su conducta se estime antijurídica porque a posteriori resulte que aquéllas indicaban una situación ajena a la realidad.

2. Tal postura conlleva apreciar la causa de licitud con independencia de cómo la haya captado quien actuó conforme a ella, salvo sus conocimientos especiales de las circunstancias motivantes. Pero igual apareja decidir la contrariedad o no a la norma de la conducta lesiva, según la apreciación ex-ante de las circunstancias que concurrieron al momento en que se asumió la conducta típica. Ello significa que A actuará en defensa legítima, si B sin derecho dispara su pistola dos veces contra aquél logrando herirlo y antes de que B vuelva a disparar A lo mata de un tiro, aunque luego resulte que B había agotado las municiones. Tal juicio ex-ante sólo sufre excepción, cuando A ya supiera que el arma del agresor ya no tenía cartuchos hábiles.

3. El juicio ex-ante se realiza con autonomía de lo que sabía el autor, salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo de la excluyente, es decir, las circunstancias –que sí son reales– se valoran al momento de la acción justificante y aquéllas deben indicar que existe el motivo para la excluyente y que enseguida se actualicen las demás condiciones legales para la misma. Casos en los que cabe sostener que se obró con el derecho o el deber de actuar conforme a la causa de licitud de que se trate. De lo contrario, el juicio será que la conducta lesiva fue contraria a la norma, es decir, que constituyó un injusto.

Como puede observarse, tal postura se mantiene dentro de un juicio objetivo de la antijuridicidad de la conducta, pues aquél no se decide según el conocimiento de las circunstancias que motiven la causa de licitud. Sino que el juicio enmarca al injusto por la lesividad (en sentido lato) de la conducta y su disonancia con la norma prohibitiva, conforme a pautas válidas para todos. El que la persona pueda o no conocer lo injusto de su proceder típico y su alcance penal es cuestión que ya toca a la culpabilidad, en la cual precisamente se atiende a la conducta que desprecia la función motivadora de la norma prohibitiva ínsita en el tipo penal y la cual sólo vale para quien conozca la punibilidad de su conducta o concurren circunstancias que le permitan imaginarla sin mayor esfuerzo.

4. A dichas conclusiones parecieran oponerse los artículos 15-V-VI del CPF y 29-IV-V del CPDF, en los que se señala que han de ser “reales” tan la “agresión” en la defensa legítima, como el “peligro” que dé lugar al estado de necesidad, lo cual llevaría a negar la concreción de esas excluyentes cuando “ex-post” resulte que la agresión o el peligro no eran reales, aunque todo indicara lo contrario al realizarse la conducta.

Empero, la exégesis de que la agresión y el peligro sean “reales” depende del contexto en que se entienda esa expresión legal, el cual se sitúa en un marco más amplio: el de la ordenación objetiva –por parte de la ley– de conductas –y no de resultados–, que han de estimarse contrarias o conformes a Derecho.

En efecto, debe partirse de la “realidad” de las circunstancias que se dieron al momento de la acción, pues ellas son las que deben indicar –a los ojos de cualquier observador imparcial del hecho– que al momento de aquélla existía la “agresión” o el “peligro” para el bien. Este entendimiento no rompe así con el principio de que la antijuridicidad es objetiva, aunque evita el error de que, para el juicio de una conducta conforme a Derecho, lo concluyente sería la realidad ex-post del peligro, más que la conformidad de la conducta con la norma permisiva, cuando lo decisivo es que la conducta lesiva se ajuste a dicha norma en las circunstancias y condiciones que ex-ante motivaron la causa de licitud de que se trate.

5. Ciertamente, la postura que aquí se sostiene se aparta de la doctrina dominante y sigue a Zaffaroni<sup>375</sup>, Nino<sup>376</sup> y Requejo Conde.<sup>377</sup> Ya que la solución propuesta no reconduce el problema a las justificantes putativas que debieran ser tratadas como errores invencibles, ya sea de tipo por analogía (Roxin) o de prohibición. Sino que examina con objetividad cuando la conducta afectante es aún conforme a Derecho. Pues de nada servirían las normas permisivas si se desatienden las circunstancias –reales– que aparecen como suficientes para dar pie a las causas de licitud que aquéllas regulan, y las que según la ley deciden si la conducta

---

374 Véase, por ejemplo, a Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 386 y ss., Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, op. cit., pp. 569 y ss., Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción, Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997, pp. 427, (aunque con algunas acotaciones en la defensa legítima de cuando se cree erróneamente que ya cesó la agresión y se lesiona al atacante), asimismo, a Zaffaroni, Raúl Eugenio et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 587 y 588, y a Requejo Conde, Carmen, *La Legítima defensa*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.

375 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 587 y ss.

376 Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª. Ed., Barcelona, Ariel, 1989.

377 Requejo Conde, Carmen, *La Legítima defensa*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 352 y ss.

es o no conforme a Derecho. Lo que se resuelve con independencia de que luego resulte que el motivo real ante el cual se dio la causal tenía un contenido diferente.

Y lo cual también se decide con independencia de que la persona supiera de las circunstancias que dan pie a la causa justificante, salvo que aquélla conociera la intrínseca irrealidad del peligro, o el riesgo insignificante el mismo. Y es que, si no se duda en conceder eficacia eximente de pena a la persona agredida ilegítimamente con un arma, que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que ex-post se comprueba como su agresor real; no se ve entonces razón suficiente para que se le niegue ese derecho a quien actúa de la misma forma frente a una agresión igual, que ex-post resulta que no implicaba el peligro de lesión que representaba. Ya que el Derecho valora dicha conducta frente a las circunstancias reales concurrentes al momento de aquélla, para así decidir su contrariedad o ajuste a la norma.

6. Negar en aquellos casos la licitud de la conducta, es hacer nugatorio el sentido jurídico las causas de licitud, cual es decidir la contrariedad o no de las conductas lesivas con las normas prohibitivas deducidas de los tipos penales, para remediar situaciones jurídicamente indeseables, en el momento en que se presentan. Y en lugar de ello, convertirlas en una lotería de justicia por las razones siguientes:

Primera. Porque la validez de esas normas ya no dependería de la conformidad o no de la conducta con la norma permisiva, sino del resultado que origine la acción aun ajustándose a aquélla. Es decir, el ajuste o contrariedad a Derecho de una conducta ya no obedecería a su valoración según las circunstancias concurrentes cuando se desplegó la conducta prevista en la norma permisiva (valoración ex-ante), sino pendería del azar, según la verificación ex-post del peligro de lesión. Una visión así emula la postura de punir por el resultado, olvidando la ofensa al Derecho, a pesar de que el injusto es, precisamente, una conducta lesiva típica que ofende a la norma.

Segunda. Porque se trataría de normas reguladoras de causas de licitud con un doble discurso, antagónico e irracional. Por un lado, permitirían la conducta dentro de los ámbitos reglados como causas de licitud, y por el otro no la permitirían. Aunque ya no por la conducta ante las circunstancias concurrentes al momento en que aquélla se realizó–, sino por circunstancias a las que la misma no dio lugar y que sólo pueden verificarse ex-post.

Tercera. Porque cabe insistir que el juicio de antijuridicidad versa sobre la conducta y no sobre el resultado. No hay resultados antijurídicos, sino conductas antijurídicas. Es decir, hay conductas a las que se les imputa un resultado lesivo y que se desvaloran jurídicamente, por ser contrarias a la norma. Por lo que si se considera que las causas de licitud aparejan normas permisivas reguladoras de conductas lesivas. Y si la acción típica se ajustó a la norma permisiva en virtud de que cuando se realizó, concurrían circunstancias que a ojos de cualquiera eran suficientes para actualizar la causa de licitud. No hay razón porque tal juicio deba cambiar cuando después aparezca que las circunstancias que dieron pie a la causal tenían un contenido intrínseco distinto.

Cuarta. Porque el sujeto no tiene por qué esperarse a verificar la realidad del peligro, cuando la espera puede ser a costa del bien jurídico que injustamente resulte dañado por la espera. Más aún, cuando no se trata de normas que permitirían a los individuos conductas heroicas, por las que hubiesen de salvar bienes ajenos, aun a costa de los propios y sin que, en su caso, importara la conducta antijurídica ajena.

Bien dice Carmen Requejo Conde, “intentar conocer totalmente la realidad es una pretensión ingenua. El conocimiento humano y la realidad que nos transmite son siempre limitados e imperfectos”.<sup>378</sup> Por esto, respecto a la valoración ex-ante de la conducta que sea conforme a la norma, señala Requejo Conde: “...ciertas verdades aún limitadas e imperfectas hay que considerarlas como tales, en cuando se basan en una evidencia de la realidad”.<sup>379</sup>

La autora agrega:

“...todos estos elementos de juicio, el Derecho los debe valorar (para decidir si) la conducta se ajusta [o no] a la norma prohibitiva. No es posible hablar de un conocimiento infalible del hombre respecto a la realidad. Fuera del ámbito de la conducta correcta no es posible hablar de verdad ni de error. Igualmente, lo que para el sujeto que actúa puede ser verdad, quizá no lo sea para el afectado, por lo que la tarea de las reglas de conducta es establecer pautas que exijan la búsqueda de la verdad, pero protegiendo también el interés de terceros. Es por ello preciso establecer el ámbito de la actuación correcta, [a través de] un criterio con validez y aplicación para cualquier persona”.<sup>380</sup>

Mismo razonamiento que –añado por mi parte–, sea congruente con el sentido valorado como conforme a derecho por el legislador al apreciar las conductas lesivas, que es precisamente el pautado en las causas de licitud.

378 Requejo Conde, Carmen, op. cit., p. 354.

379 Idem.

380 Ibidem., op. cit., pp. 354 y 355.

Quinta. Porque las causas de licitud involucran el ejercicio de derechos o deberes cuya existencia no depende de que se sepa de las circunstancias que las originan, sino de que concurren las condiciones por las que el Derecho permite solventar situaciones indeseables, para que prevalezca el Derecho en caso de conflicto de intereses.

Sexta. Por último, porque cumplir una orden en virtud de un deber (artículos 15-VI del CPF, 29-V del CPDF y 59-IV del CPC), demuestra que él opera como tal, aunque no se ajuste a Derecho el contenido de la orden de la cual mana el deber, siempre y cuando se emita por quien tenga facultades legales para dar una orden de esa naturaleza y se acate por quien esté jurídicamente obligado a ejecutarla. Salvo, “cuando el agente se percate de que la orden es ilegítima y tenga poder de inspección sobre la misma a efecto de no cumplirla, o sea notoria su ilegitimidad”.

Así el policía actuará conforme a su deber si ejecuta una orden judicial de aprehensión que le compete cumplir, aunque luego un amparo invalide la orden, porque ésta no se ajustó a las condiciones del artículo 16 C. Lo mismo sucede cuando el juez condena de acuerdo con pruebas que hasta ese momento evidenciaban la responsabilidad del acusado, aunque luego aparezcan otras que demuestren su inocencia. Y también actuarán en acato de su deber al ejecutar la sentencia de condena que luego se revoca: el director del reclusorio y los celadores respecto a la privación de la libertad del sentenciado.

Por lo que, dada tal regulación legal del cumplimiento de deberes, sería irracional que para algunas causas de licitud fuera determinante el juicio ex-post, mientras que para otras él no importe. Más aún, cuando todas las causas de licitud se hallan en la ley y originan igual consecuencia: la conformidad de la conducta con la norma permisiva contenida en la causa de licitud de que se trate. La que precisamente restringe el ámbito de la norma prohibitiva del tipo penal que se actualice, que no solo prohíbe concretarlo, sino actualizarlo sin que concorra causa de licitud. Ya Tomás de Aquino, citado por Molina, se planteó la cuestión de si pecan el juez o el verdugo que matan a un inocente que creen culpable. La respuesta que daba Sto. Tomás –según Molina– era:

“...el juez no peca al dictar sentencia según los datos que tiene, puesto que no mata él a un inocente, sino a aquél que según todo el acervo probatorio parece culpable. En cuanto al verdugo, si sabe que la sentencia del juez está basada en un error, no debe obedecer. Más si no es clara la injusticia, no peca al cumplir la sentencia, pues no toca a él examinar la sentencia una vez dictada por su superior. En tal caso no es él quien mata a un inocente, sino el juez, de quien es sólo un ministro”.<sup>381</sup>

Solución que –se añade– confirma la valoración objetiva ex-ante de las causas de licitud, como normas permisivas de conductas en el ámbito ordenador del Derecho.

Molina añade:

“En tan breve párrafo toca Tomás de Aquino algunos de los problemas que todavía hoy se siguen discutiendo en el cumplimiento de un deber en general. En cuanto al juez, opta por el criterio de la valoración ex-ante, reconocido por los propios ordenamientos penales. Respecto al verdugo, distingue adecuadamente los casos de órdenes de contenido manifiestamente antijurídico [pese a que el juez ha incurrido en un error que excluye su pecado], en los que no hay deber de obediencia, y los casos de orden sólo posiblemente injusta, en los que no le corresponde al subordinado indagar acerca de este hecho, lo que coincide con la regulación del delito de desobediencia.”<sup>382</sup>

## H. FUNCIONES DEL INJUSTO Y DE LAS CAUSAS DE LICITUD

1. Los tipos penales y el injusto tienen una función delimitadora de qué conductas típicas y en qué condiciones pueden estimarse punibles. Esa demarcación es clara respecto al tipo penal de cada delito –aunque indiciariamente frente al injusto–. Pero también será nítida respecto al injusto, cuando al concretarse un tipo penal falte un conflicto de intereses y, por ende, no pueda haber causa de licitud. Más la situación es distinta cuando al darse la tipicidad, haya algún conflicto entre bienes jurídicamente protegidos. Porque en tales eventos habrá que atender a las condiciones de las causas de licitud para decidir la existencia o inexistencia del injusto. Y precisamente resulta que la fundamentación de las causas de licitud es mucho más amplia que la de los tipos penales.

2. Ello es así, en tanto que las causas de licitud se refieren no a uno, sino a todos los tipos penales. Y por más que esas causas de licitud se regulen en los códigos penales, sin embargo, ellas se rigen por los principios ordenadores de todo el Derecho y no por los que gobiernan al tipo en el Derecho Penal. A tal grado, que aquéllas pueden legitimar conductas más allá del ámbito penal. Y a diferencia de los tipos penales, el principio nullum crimen sine lege no vincula al tenor literal de las causas de licitud. Simplemente, porque tal tenor literal no puede entenderse en muchos casos sin atender a la materia y principios que restrinjan a la norma prohibitiva de un tipo penal, según la causa de licitud de que se trate.

Piénsese en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber con lesión de bienes, cuyos contenidos dependerán de la materia del Derecho que regule al derecho y al deber, cuyo ejercicio o cumplimiento se alegue. O en el estado de necesidad, donde se confrontan bienes jurídicos cuyo reconocimiento mana de diversas materias del Derecho y de ellas u otras se

<sup>381</sup> Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 387 y 388.

resuelva cuál es el interés que el Derecho valora como preponderante (según los estándares del principio de proporcionalidad del artículo 22 C.), para legitimar o no la conducta típica dentro del marco del ejercicio responsable de la libertad.

3. De esta manera, la exégesis literal del tipo y de su sentido contextual garantista, no funciona igual en las causas de licitud. Así, del principio de legalidad que obliga a la interpretación literal de los tipos, solo ajustable mediante una exégesis contextual y garantista cuando aquélla resulte irracional o parezca permitir un entendimiento contrario a derechos humanos o garantías constitucionales o convencionales, mientras que en las causas de licitud se pasa a principios más amplios para elucidar su significado.

Ello se explica porque esas causas se alimentan de todos los campos del Derecho y se expiden en el contexto del ejercicio responsable de derechos o de exigencias jurídicas de solidaridad y del principio de proporcionalidad en la afectación de bienes jurídicos, entre otros. Por ello, aunque se parta de su contenido literal, las causas de licitud no se someten en su exégesis a las exigencias de precisión estricta que rigen para los tipos. Y ello también apareja que en las causas de licitud quepa la interpretación y su aplicación por analogía o mayoría de razón, según la materia del Derecho a la que se conecten.

4. Además de dichas funciones, que en parte refiere Roxin<sup>383</sup>, hay otras implicaciones del injusto y de su ausencia. En los casos de conflicto de intereses juega papel cardinal el principio del ejercicio responsable de nuestra libertad y el cumplimiento de deberes y obligaciones jurídicas de solidaridad social, que se derivan de un estado de derecho. Así, cuando en un conflicto de intereses jurídicos alguien actúe antijurídicamente, esta conducta involucrará un ejercicio irresponsable de la libertad de acción o un incumplimiento de deberes mínimos de solidaridad social que imponga el Derecho. Esto es, habrá un comportamiento no tolerable y socialmente nocivo que invade la esfera jurídica de otro, o que no evita la lesión al bien jurídico de otro, debiendo y pudiendo hacerlo.

Más cuando alguien concrete un tipo al amparo de causa de licitud, ésta sí fundamentará un deber de tolerancia de la otra parte, ya sea porque la lesión se da en el ejercicio necesario de un derecho para la salvaguarda de un interés preponderante, o porque con la acción se acaten deberes que obligan a soportar la intromisión en beneficio de aquel interés. Lo que hace que sea contra Derecho la resistencia de quien deba tolerar la intromisión y si ella encaja en un tipo penal constituya un injusto. Por lo que la valoración habrá de atender a ese doble aspecto (actio dúplex) cuando se da tal clase de conflicto: que la exoneración penal de uno en virtud de su intrusión lícita, apareja el carácter antijurídico de la conducta de quien se oponga a ella de modo peligroso o lesivo, en vez de tolerar la intromisión.

5. Tales consideraciones aparejan que no sean oponibles las causas de licitud frente a otro que actúe con apoyo en ellas. No cabe defensa legítima contra defensa legítima o ésta contra un estado de necesidad justificante, ni el ejercicio de un derecho frente al cumplimiento de un deber. Aunque ello no obsta para que varias causas de licitud puedan concurrir idealmente o de manera sucesiva a través del mismo contexto de acción, en especial el estado de necesidad justificante y la defensa legítima, o ésta respecto al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

Así acontecerá, respecto al concurso ideal de causas de licitud, cuando sea necesario sacrificar un bien para salvaguardar otro de mayor valía, quebrar el vidrio de una ventana ajena, por ejemplo, y a la vez defender a un tercero de una agresión sin derecho, lesionando al agresor que está a punto de matar al tercero. Mientras que una concurrencia sucesiva de causas de licitud ocurrirá, por ejemplo, cuando un particular detenga en flagrancia a quien comete un delito (artículo 16 C.), y luego el detenido agrede sin causa justa al particular que lo apresa, lo que motiva que éste tenga que herirlo al repeler la injusta agresión, con lo que se da la secuencia de primero actuar en ejercicio de un derecho y luego en defensa legítima.

6. Otro rasgo de las causas de licitud es que sus fuentes pueden provenir de cualquier ámbito del Derecho y valen para cualquier materia del mismo, de tal guisa que su concreción legitima la conducta aun en situaciones ajenas a la materia penal. Con ello se garantiza la unidad del Derecho. Por tanto, su efecto legitimante no sólo restringe al poder penal, sino que evita consecuencias adversas civiles o administrativas cuando concorra una de dichas causas de licitud. Así sucede, por ejemplo, con las intromisiones lícitas en derechos de la personalidad, tratándose de testimonios en procesos o con la intromisión en la libertad cuando se cita legalmente a alguien a comparecer. O bien, cuando se procede al secuestro de bienes en virtud de una orden judicial de embargo.

## SECCIÓN SEGUNDA

### CAUSAS DE LICITUD

#### A. FUNDAMENTACIÓN GENERAL DE LAS CAUSAS DE LICITUD

1. Las causas de licitud se basan en normas que ordenan o permiten la lesión al bien. El ajuste de una conducta típica a esas normas impide que sea antijurídica, pues de ese modo aquélla –aunque lesiva– se ajusta a la norma del tipo (que solo prohíbe

382 Idem.

383 Roxin, Claus, op. cit., Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos..., pp. 219 y ss.

concretarlo sin causa de licitud). Por lo que luego de conceptuar la antijuridicidad y cómo se establece el injusto penal, cabe examinar aquellas excluyentes de delito, también conocidas como causas de justificación o permisión. Ellas son el acato a un deber (y dentro de aquél, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo) cuando su incumplimiento no lo involucre un tipo, la defensa legítima, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, la práctica de deportes violentos y el consentimiento presunto.

Tales causas excluyentes de delito presuponen la lesión al bien, a diferencia del consentimiento del titular de un bien que la impide, y que, como tal, es causa de atipicidad al excluir la lesividad como elemento del tipo penal. Mientras que las causas de licitud implican normas que precisamente ordenan o permiten la lesividad a bienes, y donde la conducta que se ajuste a ellas será conforme a la norma. Ello también apareja que cuando se plantea una causa de licitud siempre habrá un campo de tensión entre tendencias contrapuestas. Y en el cual para sustentar la licitud de la conducta o excluirla, son determinantes los principios rectores derivados de las causas de licitud y del Derecho en general.

Por ejemplo, las potestades de intervención procesales y otras intromisiones de Derecho Público, pretenden asegurar que el Estado cumpla sus funciones y garantizarlas según una interpretación acorde con ese fin. Esto es, proteger al servidor en el desempeño de su cargo e impedir la resistencia para hacer eficaz el cumplimiento de la ley. Mas la protección de la libertad individual ante excesos estatales no es menos importante y su salvaguarda constituye tarea exegética de superior rango. Sin duda que el balance jurídico-valorativo no pertenece solo al Derecho Penal, sino que es codeterminado por el Derecho Administrativo y Constitucional. Y ello prueba, como dice Roxin: "...que los distintos ámbitos del Derecho no están aislados, pues se complementan y apoyan recíprocamente".<sup>384</sup>

2. De ello se sigue que las causas de licitud pueden explicarse mejor con apoyo en principios que se derivan de aquellas causas, los que se ubican en un amplio y múltiple espectro: 1) La protección de bienes jurídicos en los ámbitos del respeto al Derecho, del ejercicio responsable de derechos y de respeto a la mínima solidaridad social para protegerlos, y 2) el principio de proporcionalidad,<sup>385</sup> como criterios rectores de primer nivel. Los principios secundarios son: 1) La lesividad racionalmente necesaria ex-ante, para proteger un bien. 2) El principio de ponderación (de proporcionalidad estricta, y de no desproporcionalidad aberrante en la defensa legítima). 3) El principio de prevailecimiento del Derecho. 4) El principio de autonomía responsable. 5) Y el de tolerancia a la intromisión por solidaridad social para la salvaguarda de bienes jurídicos.

3. Sin embargo, esos principios son enunciativos y se plantean doctrinalmente (aunque con sustentos jurídicos), en número y combinaciones diferentes en las causas de licitud. Por ello, la misma doctrina parece renunciar con razón a su fundamentación unitaria. En tanto dichas causas no pueden ser explicadas sólo por un principio sin caer en generalizaciones poco útiles. Sin que ello excluya que puedan ensayarse criterios rectores de primer nivel y principios orientadores de segundo nivel respecto a ciertos grupos de causas de licitud. En especial respecto al estado de necesidad y la defensa legítima, donde por lo general se presenta un conflicto entre intereses jurídicos autónomos y cuyo fin es encontrar por qué se otorga al sujeto una facultad de salvaguarda que supone una injerencia lesiva en la esfera de otro.

Y ello es como se indica, ya que esos principios ayudan a fundamentar el por qué y hasta qué medida el sujeto agresor o el que resiente el daño deben soportar injerencias de salvaguarda que afectan sus esferas jurídicamente protegidas. Así, en el orden social que mana de la C., el disfrute de nuestras libertades se enmarca en el de la autodeterminación responsable en el ejercicio de aquéllas, las cuales llegan hasta el correlativo derecho de todos, de que no se lesionen "innecesariamente" bienes ajenos.<sup>386</sup> Como también en ese orden de Derecho se establecen ciertos deberes jurídicos de solidaridad social que tienen como fin salvaguardar ciertos bienes jurídicos preponderantes según el principio de proporcionalidad.

Esos valores del estado liberal y del estado social se subsumen en los principios del estado de derecho que manan de la C., al reconocer ésta, por un lado, al individuo como sujeto autónomo portador de derechos. Y por el otro, admitir que la lesión de bienes jurídicos ajenos solo será tolerable, cuando sea "necesaria" –la menos lesiva posible– en el marco del principio de proporcionalidad de la valía de los bienes involucrados (artículos 1° y 22 de la C.). Pues bien, esos criterios rectores son útiles para fundar y entender mejor las referidas causas de licitud. De las cuales me concreto a un repaso tal como están vigentes y de sus implicaciones según los principios que las fundamentan.

## B. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

### I. La naturaleza del deber

---

384 Claus Roxin, op. cit., p. 219.

385 Los estándares del principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 22 C., de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad estricta, juegan –en mayor o menor medida– un papel preponderante para un mejor entendimiento de todas las causas de licitud. En tanto la conducta lesiva que las constituya para que pueda ser lícita, presupone su "idoneidad", "necesidad" y "racionalidad", además de ciertas pautas de "proporcionalidad estricta".

386 Cabe volver a recordar que ya desde la exposición de motivos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la junta inaugural del Congreso Constituyente el 1° de diciembre de 1916, se apuntó: "...el mejor arreglo constitucional, es el que más protege el desarrollo de la vida individual y social, fundado en la posesión completa de las libertades del individuo, bajo la ineludible condición de que éste no lesione el derecho de los demás".

1. Un Estado requiere de la eficacia de la ley para cumplir sus fines. La protección de bienes jurídicos sólo puede concebirse en el ámbito del respeto al Derecho, para lo cual desde la ley se imponen ciertos deberes de solidaridad a los ciudadanos y se dota a la autoridad de ciertas funciones que debe cumplir para la consecución de fines legales. En ese marco se inscribe el cumplimiento de deberes, el impedimento legítimo y el ejercicio lícito del cargo como causas de justificación. En los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 45-V-VI de la Iniciativa se coincide en que el delito se excluye cuando, “la acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico”, que puede incumbir a un particular o a un servidor público, y que al ser de índole jurídica debe provenir de la ley y encontrar en ella su fuente.

2. Los llamados deberes morales, religiosos o meramente sociales no pueden comprenderse como causas de atipicidad o de licitud. Pues los deberes con cuyo cumplimiento es lícito lesionar bienes de otros, son sólo aquellos que la ley eleva a la categoría de deberes jurídicos. Por lo que quedan excluidas las concepciones o creencias personales o incluso sociales, que se aduzcan como deberes éticos, religiosos o comunitarios. Esas clases de obligaciones obedecen a motivaciones plurales y pueden representar cierto modo social de sentir o de pensar personal acerca de lo que es debido, pero no pueden ser fuente de deberes jurídicos, si la ley no los impone.

El legislador debe proteger la libertad de profesar una religión, pero nadie puede aducir como deber jurídico una pauta religiosa, ética o social para legitimar la lesión ajena o no impedirla cuando se halle en una condición de garante de bienes jurídicos de otros, si acaso dicha pauta no la impone el Derecho como una obligación de actuar en cierto sentido. Los fines propios del Derecho se anularían, de admitirse como lícita la lesión a bienes jurídicos con base en deberes morales, religiosos o meramente sociales. Jiménez Huerta observó, “...se vendría a sustituir la ordenación objetiva [a través del Derecho] de los intereses humanos, por un estado anárquico, en el que cada hombre tratase de imponer el personal modo de ser y de sentir que se deriva de lo que él estima como su deber ético, religioso o social”.<sup>387</sup>

3. Los deberes éticos y sociales pueden reconocerse por la ley, pero entonces se convierten en deberes jurídicos. Y esto es lo único que tiene trascendencia para el Derecho.<sup>388</sup> El deber puede establecerse como una función inherente a ciertos servidores públicos o bien dirigirse a cualquier persona. Y de ello se desprenden las consecuencias siguientes:

a) Como causas de licitud provenientes de deberes, no puede dejarse de considerar el cumplimiento de deberes contenidos en los códigos penales y que fundan omisiones penalmente relevantes en los delitos de resultado (artículos 7° del CPF, 16 del CPDF 47-C y 48-III de la Iniciativa).

b) Como igual han de tomarse en cuenta los supuestos en que se impone ese deber de actuar en los ámbitos descritos en los tipos penales de simple omisión.

c) Sucede lo mismo en los delitos siguientes: de revelación de comunicaciones reservadas (artículos 210 del CPF, 213 del CPDF y 267-A-I de la Iniciativa); o cuando la ley impone el deber de confidencialidad (que se conoce como secreto profesional y que da pie al impedimento legítimo) según cierta actividad profesional, como ocurre con la relación cliente–abogado, paciente–médico o paciente–terapeuta, etc., (artículos 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal y 267-A-II de la Iniciativa); el secreto bancario (artículos 106-XX, 112-III, 117, 117 bis y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito); el secreto industrial (artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial); y el de reserva de la confesión para ministros religiosos: el cual si bien no se desprende de previsión legal expresa, aquél se infiere del artículo 2-C de la Ley de Asociaciones Religiosas, en relación con el artículo 24 C.

Y lo último es como se indica, porque si los artículos 24 C. y 2-C de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público garantizan profesar una religión y practicar las devociones o actos del culto respectivo: por tanto, en ese ámbito se protege el derecho del feligrés a la confesión y el deber del sacerdote a reservarla y de que no se aproveche en perjuicio de ellos la práctica de ese acto sacramental de su religión. Por lo que el clérigo que reciba una confesión puede luego invocar tal sacramento como parte de los actos del culto religioso protegido por la ley y la C.<sup>389</sup> Y, por ende, como impedimento legítimo (artículos 55-VI y 267-II de la Iniciativa) de no rendir testimonio sobre lo confesado. De similar tenor es el deber de confidencialidad de la fuente periodística, pues si bien no está en la ley, aquél surge para proteger el derecho a la información y la libertad de imprenta que consagran los artículos 6° y 7° C.

---

387 Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, op. cit., p. 196.

388 Idem, p. 196.

389 En el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia para la reforma constitucional que instituyó el nuevo sistema acusatorio penal se lee lo siguiente: “...no todas las conversaciones donde se reconozca la comisión de delitos o información referente a su comisión puede ser divulgada por alguno de los participantes, ya que existen impedimentos justificables, como sería el caso del abogado defensor de un procesado, que grabara las conversaciones con su defendido y posteriormente las aportara como prueba en su contra, situación inaceptable porque violentaría no sólo el deber ético inherente a su cargo, sino la evidente obligación jurídica que tiene el defensor de no revelar sus conversaciones privadas con su cliente, o bien, caso similar sería el de los sacerdotes que reciban la confesión de sus feligreses”. (*Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007).

La salvedad será cuando el sacerdote o el periodista sepan que se está cometiendo un delito o conozcan que se va a cometer con certeza y la reserva implique no impedirlos. En tal caso tendrán deber de informar para evitar la lesión que se esté dando o que se dará con motivo de aquellos delitos, lo cual por lo general puede hacerse sin revelar la fuente de información. De no ser así, la conducta será ilícita y sólo cabrá inculpabilidad. Más el deber también puede derivar de un cargo público. Esto es, ser oriundo de las funciones que le competen a un servidor público y que a veces se manifiesta en la ejecución de órdenes (ejercicio legítimo del cargo y obediencia jerárquica), que involucren realizar –aparente o realmente– los elementos de un tipo penal. Lo cual lleva a plantear lo siguiente.

## II. ¿Es excluyente de tipicidad o de antijuridicidad el cumplimiento de un deber?

1. La tradición dogmática trata el cumplimiento de un deber como causa de licitud, la cual permanece hasta ahora. Zaffaroni anota que estimarlo como causa de atipicidad ha sido siempre una postura minoritaria. Empero, él se suma a esa alineación con base en un argumento principal. El gran penalista observa que mientras el ejercicio legítimo de un derecho –que involucra las demás causas de licitud– importa una prelación lógica entre la norma prohibitiva y el precepto permisivo. Por su parte, el cumplimiento de un deber se resuelve en el ámbito de las normas prohibitivas. Y explica: “...cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacer lo que otro prohíbe omitir, es claro que existe una aparente contradicción que ha de resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece”.<sup>390</sup>

Y adelante agrega:

[El cumplimiento de un deber que implica realizar una conducta que sin dicho cumplimiento sería típica] “...no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo que proviene de cualquier parte del orden jurídico y que si el agente no se ampara en el mismo [precepto permisivo] para no realizar la conducta no sufre ninguna consecuencia jurídica, porque esa alternativa también es su derecho”. Datos de los que Zaffaroni deriva que: “...la antinormatividad [en el caso de conflicto de deberes] no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que requiere la consideración conglobada de la norma deducida del tipo con las deducidas de los otros tipos penales”.<sup>391</sup>

Con apoyo en esas razones, Zaffaroni concluye que tan el cumplimiento de un deber, como el ejercicio legítimo de un cargo de autoridad siempre originarán la atipicidad de la acción.

2. Debe reconocerse que la tesis de Zaffaroni, de que el acato a un deber jurídico excluye la tipicidad, es en gran parte correcta pero inexacta. La tesis es puntual en cuanto:

1) Es cierto que a diferencia de las demás causas de licitud (que suponen un derecho que puede dejarse de ejercer sin consecuencias jurídicas desfavorables), el cumplimiento del deber se impone y no queda a elección del obligado el incumplirlo sin sufrir consecuencias jurídicas adversas. 2) También es verdad que la contradicción de deberes establecidos en tipos penales, debe resolverse en el plano de la tipicidad, mediante una interpretación adecuada de sus normas para establecer cuál prevalece. 3) La tesis es igualmente acertada en cuanto que el incumplimiento de ciertos deberes (aunque no de todos) conlleva su relevancia típica-penal, y, por el contrario, que el acato de los mismos excluye la tipicidad de la conducta.

Así sucede en las categorías siguientes:

a) En los tipos de omisión impropia. Como, por ejemplo, la comisión por omisión de homicidio y lesiones, en tanto que si el delito se comete por el garante con su omisión de la acción posible que evitaría el resultado –omisión de la acción jurídicamente debida–: al ser dicha omisión de una acción debida un elemento del tipo, antes que negar la antijuridicidad tendrá que afirmarse la atipicidad cuando precisamente se halle que se realizó la acción debida que, según la posición de garante, fue posible efectuar. Y en este último aspecto, si la persona no realiza la acción debida en virtud de condiciones –no procuradas por ella– que se lo impidan, o el resultado era inevitable aun con la acción debida, también debe negarse relevancia típica a la omisión y, por tanto, habrá atipicidad del hecho.

b) En los tipos penales de simple omisión, que imponen el deber de actuar en cierto sentido cuya abstención el tipo pune. Como, por ejemplo, incurrir en el supuesto del artículo 257 del CPF, quien después de lesionar culposamente a una persona, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo; como igual concretará el supuesto del artículo 293-IV del CPDF, el servidor público de la procuración de justicia que no ponga a disposición del juez al retenido dentro de los términos fijados en el artículo 16 C. Más habrá atipicidad, si en el primer caso, el garante cumple con el auxilio o solicita la asistencia del lesionado, y, asimismo, cuando el agente del Ministerio Público cumple con su deber, poniendo al retenido a disposición del juez dentro de los términos señalados en la C.

390 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.

391 Idem.



d) En situación análoga están los tipos penales que contengan como elemento normativo las expresiones “ilegalmente” o “sin orden de autoridad”, en cuanto ellas exigen que ya desde el tipo se verifique la contrariedad de la conducta con las normas jurídicas que regulan la materia de prohibición. Por tanto, se sostendrá la atipicidad, cuando se halle que la conducta realizada fue acorde con un deber. Así, por ejemplo, habrá atipicidad del supuesto del párrafo último del artículo 123 del CPF, cuando se prive de su libertad a una persona en el territorio nacional para trasladarla fuera del país, en acato de la orden de detención librada por un juez del distrito a efecto de la extradición del detenido, (artículo 21 de la Ley de Extradición Internacional), pues en tal caso la detención no fue “ilegal”, según se exige en dicho tipo penal.

e) Asimismo, respecto a los supuestos punibles que expresamente vinculen la acción o la omisión con la violación de un deber legal, cuando en el caso concreto el sujeto tenga un diverso deber de conducirse en sentido contrario al sancionado. Por ejemplo, el artículo 178 del CPF pune “al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad”, más quien es citado a declarar se rehúsa a hacerlo porque su declaración apareja violar su deber legal de confidencialidad, como ocurre con la relación cliente-abogado, paciente-médico o paciente-psicólogo, etc., según el artículo 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal.

c) Por último, en los delitos de servidores públicos, donde su tipo específicamente puna el ejercicio indebido de cierta función que a tales servidores le compete ejercer. Como sucede en la mayoría de los delitos cometidos por servidores públicos, aunque no en todos, como cuando se sanciona el aprovechamiento de la posición del cargo por el servidor público para realizar conductas ajenas a la función (enriquecimiento ilegítimo y tráfico de influencias, por ejemplo), pero sin que la materia específica del tipo sea el ejercicio indebido de alguna función a cargo del servidor.

3. Sin embargo, la tesis de “atipicidad” por acato de un deber es incorrecta, cuando con su observancia se lesione el bien jurídico de tipos que «no» tengan ni presupongan como elemento el incumplimiento de deberes. Así, es cierto que el delito se excluye por acato al deber, cuando mediante el uso de la fuerza pública se da posesión de una casa al arrendador en cumplimiento de una orden judicial de desahucio, pero no es verdad que los motivos de exclusión del delito sean por atipicidad, simplemente porque los elementos del tipo penal de despojo no suponen el incumplimiento de deberes.

En tal caso la conducta realizada fue típica (y no atípica), pero la misma no contrarió la norma prohibitiva, en tanto cumplía un deber jurídico. Lo mismo debe decirse del soldado que mata al enemigo en combate, porque su conducta concretará el tipo penal de homicidio (que no supone el incumplimiento de un deber), pero aquél, al ajustarse a su deber no contrariará la norma prohibitiva del tipo, en virtud de la norma especializante del deber cuya concreción impide la prohibición.

4. Por otra parte, aunque la tesis de Zaffaroni es correcta en el sentido de que cuando se trate de deberes opuestos, el cumplimiento del deber prevaleciente “...no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo”, sin embargo, la misma requiere precisiones.<sup>392</sup> Es cierto que para reducir las contradicciones entre deberes cuyo incumplimiento se prevea en uno o más tipos penales, haya de tomarse en cuenta cuál deber excluye al otro, lo que también permite delimitar los alcances de los tipos penales que contemplen el incumplimiento de deberes opuestos. Más igual lo es, que la conducta que incumpla el deber prevaleciente, concretando un tipo penal, aún puede no contrariar la norma prohibitiva del tipo por concurrir otra causa de licitud.

Si quien al cumplir con su deber de rendir testimonio revela datos confidenciales que está obligado a guardar, y que, según la depuración de deberes en conflicto, lo exime de informar al respecto, pero cuya develación típica permite salvar la vida de otra persona hecha rehén para forzar el testimonio, la conducta, aunque típica, no contrariará la norma prohibitiva deducida del tipo penal de revelación de secretos, al haber sido realizada al amparo de un estado de necesidad coactivo.

### III. Necesidad racional del medio para cumplir el deber y referencia a la obediencia jerárquica

1. De acuerdo con los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 55-V de la Iniciativa, para que el acato al deber excluya al delito es preciso que “exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber”. Así, en esos códigos se delimita el alcance de la excluyente, según la necesidad racional del medio para cumplir el deber. Y con base en el cumplimiento de un deber puede decirse que no proceden antijurídicamente los soldados que en la guerra ejecutan una sentencia de muerte por fusilamiento de otro soldado, si así lo indica la sentencia y ésta no sea contraria a Derecho de manera notoria.

Como también actúa conforme a un deber el testigo que, al ser interrogado en un proceso, revela un hecho (no confidencial) que perjudique la fama de otro, si precisamente es preguntado al respecto. O cuando se excusa de declarar en virtud del deber que tiene de guardar reserva. Y también puede sostenerse que cumple su deber el policía que detiene a un delincuente que sorprende en flagrancia. Más una cosa es determinar en qué consiste el deber (en el último ejemplo, “detener” al indiciado) y otra es cómo proceder en su acato, en especial, cuando hay resistencia de quien deba tolerar tal cumplimiento. Las leyes a veces señalan en qué consistirá cumplir el deber, por ejemplo, privar de la libertad y trasladar a la persona a ciertos lugares, pero no regulan cómo ha de efectuarse la detención.

2. En esos casos opera la “necesidad racional del medio” para cumplir el deber, que se establece en los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 55-V de la Iniciativa. Esa “necesidad racional del medio” –como “estándar de necesidad”, derivado del principio de proporcionalidad (artículo 22 C.) – apareja acudir al recurso menos lesivo posible. Por ello, la violencia será innecesaria cuando alguien no resista ser privado de su libertad en virtud de una orden de aprehensión, pero también, cuando a quien deba resentir la detención no se le advierta del carácter de la autoridad, qué deber se trata de cumplir y cuál es el motivo, siempre que sea posible. De aquí que el uso de la violencia por parte de la autoridad será ilegítimo, cuando ella pueda cumplir su deber empleando medios menos perjudiciales.

3. De acuerdo con dichas premisas, resulta claro que la autoridad empleará medios innecesarios cuando dispare armas de fuego para lesionar o matar a quien se fuga, o en dirección a un grupo de manifestantes que interrumpen o dificulten el tráfico. Aquella bien puede requerir a los trasgresores que cesen en su conducta y –en su caso– proceder a su persecución o detención, en vez de herirlos. Afirma Bettiol, “...el uso de las armas sólo puede admitirse cuando el sacrificio de un bien individual se presenta como absolutamente necesario para salvaguardar otro de mayor importancia. Es inadmisibles para impedir una desobediencia y, por ende, es ilícito usar las armas para evitar la fuga o detener al responsable de un delito que trata de eludir la orden de aprehensión.”<sup>393</sup>

4. Se dice que es atributo del Estado ejercer la coacción para conservar el orden público y alcanzar sus fines si encuentra resistencia en sus gobernados, pues aquél deberá superar y vencer incluso por la fuerza todo obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad, inspirada en el orden público. Empero, esas consideraciones ameritan precisiones, pues corresponde a los órganos que la ley confiere el ejercicio de la coacción, oponer la fuerza contra las rebeldías violentas que hagan necesario vencerlas por aquel medio. Pero no sólo porque el Estado pueda ejercerla sin más, para vencer un obstáculo no violento que se oponga al ejercicio de su autoridad, en cuyo caso aquélla será innecesaria.

De ahí que Jiménez Huerta afirmara:

“...el ordenamiento jurídico impone a la fuerza pública en ciertas situaciones, el deber de hacer respetar, defender e imponer por las armas su autoridad, frente a quienes violentamente la tratan de desconocer, atacar o vejar. El contenido y límites en estos deberes es reflejo del criterio imperante en cada organización estatal. Allí donde el Estado se estructura conforme a principios autoritarios, tales límites se amplían en forma considerable. Pero se reducen hasta llegar a desconocerse en los regímenes demagógicos. Sólo en los Estados que logran armonizar la libertad y el respeto a la ley, hallan esos deberes el contenido y límites que son necesarios para el bien social.”<sup>394</sup>

Empero, con frecuencia la ley no detalla (ni reglamenta) el modo en que la policía ha de actuar en cada caso para cumplir su deber. Esa impuntualización sucede cuando la policía procede a un arresto por una falta municipal, como cuando detiene al indiciado en flagrancia o ejecuta una aprehensión o realiza la persecución de quien se fuga de la cárcel. Con esas lagunas normativas de cuál sería el proceder debido, parecería que se deja a la policía un amplísimo margen que tan favorecería conductas arbitrarias por parte aquélla, como la indefensión de la misma.

Mas, aunque aquello pudiera ser cierto mientras no haya la reglamentación pertinente, sin embargo, en cualquier caso, seguirá siendo válido el límite establecido en los códigos penales, que adquiere especial significación cuando falta dicha pauta, la “necesidad racional del medio” que se emplee al cumplir el deber de que se trata. En cuyo caso siempre ha de ser el menos lesivo posible según las circunstancias. Porque el medio será innecesario cuando en el caso pueda acudirse a otro recurso menos intrusivo para cumplir el deber o hacer efectiva la orden.

Incluso cuando se trate de reprimir actos que pongan en peligro la vida, la libertad y la propiedad, o de guardar el orden dentro de las vías y lugares públicos, la policía y la autoridad en general están obligados –al cumplir con su deber–, a atemperar su actuación a la medida estrictamente necesaria y, por tanto, menos lesiva posible, según el motivo que da pie al cumplimiento del deber, los bienes en peligro y los que se van a lesionar con la actuación. La violencia siempre será irracional cuando para cumplir el deber se emplee aquélla más allá de lo necesario, como sucede cuando se dispara a la persona en fuga, o a los manifestantes que no agreden con actos peligrosos para la vida de otros.

5. Por último, cabe destacar que el párrafo segundo del artículo 55-V de la Iniciativa, regula a la obediencia jerárquica justificante como causa especial de cumplimiento de un deber. Aquella existirá: “...cuando la lesión al bien se origina por cumplir una orden de superior jerárquico, por encontrarse entre las facultades jurídicas del servidor público que la emite y su ejecución dentro de las obligaciones de quien la cumple”. La orden ha de apoyarse en una facultad. Por lo que la excluyente no se configura, si se ejecuta una orden que sea de hecho y sin fundamento legal. Pero sí cuando se ordena la afectación por escrito, de manera motivada y fundada, aunque luego resulte que su trasfondo era ilegítimo y su ejecución se halle dentro de las obligaciones de quien deba cumplirla.

Sin que sea válido argumentar, que con aquella postura se seguiría que el superior que imparte la orden cuyo trasfondo es ilegítimo, podría transformar lo injusto de su conducta en una ajustada a Derecho. Ya que la actuación del superior seguirá siendo

393 Bettiol, citado por Mariano Jiménez Huerta, “*La antijuricidad*”, op. cit., pp. 204 y 205.

394 Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuricidad*, op. cit., pp. 201 y 202.

contraria a Derecho, en la medida que su orden se desajustó a la norma que regula su actuación y aun cuando se cumpla por un ejecutor obligado a cumplir con la orden. Y es que hay que recordar que es erróneo estimar que, si una conducta es antijurídica, también lo sería la conducta de otro que se apoye en aquélla. Cuando ello no es así, como sucede en el cumplimiento de deberes, en la medida que la diversa conducta que ejecuta la orden se ajuste a lo que la ley llegue a regular respecto a los deberes del ejecutor. Y también en ese sentido el injusto es personal.

Lo cual tampoco conlleva a que quien ha de resentir la lesión quede desamparado por la ejecución conforme a Derecho del mandato con trasfondo ilícito. Pues si bien es cierto que, si el ejecutor del mandato actúa conforme a su deber, igual lo es que al afectado le queda el derecho a impugnar y en su caso, a ser indemnizado por el Estado del daño o perjuicio sufrido por una orden injusta, aunque no sea notoriamente arbitraria.

6. Por ello, el inferior no actuará ilícitamente cuando desacate la orden si es obvio que es arbitraria. Si el Derecho no puede permitir su propia aniquilación, menos aún puede justificar que se cumpla un mandato despótico con el que se lesionarán bienes jurídicos. El actuario tendrá el deber de ejecutar el cateo ordenado por el juez, pero no estará obligado a allanar el domicilio porque el juez se lo ordenó sin mediar la resolución de cateo. El policía tendrá el deber de acatar la orden de su comandante, de arrestar a quien altera el orden público incurriendo en una falta administrativa que amerite el arresto. Pero el policía de ningún modo estará obligado a detener sin motivo jurídico a una persona, aun cuando se lo ordene su comandante.

Como el policía tampoco estará obligado por una orden superior, a disparar contra los alborotadores, si estos se concretan a pronunciar consignas políticas o a exteriorizan verbalmente su protesta contra un acto de autoridad. Mas el director del reclusorio sí estará obligado a ejecutar la sentencia firme de condena de prisión sin cuestionar ya sobre si esa sentencia pudiera no estar ajustada a Derecho, y sin que incurra en una conducta antijurídica, ya que aquél carece de poder de inspección, aunque luego se le conceda al sentenciado un amparo que obligue a dejar sin efecto la sentencia y a ponerle en libertad.

#### D. LA LLAMADA “COLISIÓN DE DEBERES”

1. Como secuela de estimar el acato al deber como causa de licitud, la doctrina plantea los casos de “colisión” de deberes. Y aunque los problemas de antinormatividad pueden atañer tan al tipo penal como al injusto, según aquél prevea o no el incumplimiento de un deber, de todos modos, Zaffaroni tiene razón al señalar:

“...todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes. Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones. Se trata de casos en los que el derecho siempre debe decidir cuál es el deber que prevalece”.<sup>395</sup>

2. Empero, igual es cierto que esas consecuencias no sólo pueden derivarse si antes se acepta que el cumplimiento de deberes es causa de atipicidad. Ya que dentro del principio de unidad armónica del Derecho, para resolver la antijuridicidad de conductas es válida la consideración de las normas deducidas de los tipos entre sí, junto con las normas permisivas de las causas de licitud, y las de otras materias del Derecho, para reducir racionalmente contradicciones que surjan entre aquéllas y priorizarlas según el peso valorativo de los bienes jurídicos a preservar: de tal modo que entre las mismas pueda existir en lo posible un cierto orden jerárquico preceptivo. A la luz de ese orden preceptivo ponderado se establece la antinormatividad de las conductas que se opongan a él.

3. Es en esa labor de priorizar deberes, donde el de rango superior excluya al otro, de tal modo que no coliden entre sí, se halla, por ejemplo, que sea un deber salvar los más que a los menos, o a estos en vez de los primeros, cuando se trate de la vida de seres humanos, sólo y nada más, cuando la supervivencia de unos dependa de una sola acción posible que evite su muerte porque en un juicio ex-ante son los únicos salvables, frente a los que ya no puedan ser salvados, de tal modo que el acato al deber opere antes de un estado de necesidad inculpable o de una causa de inexigibilidad. Aunque antes de explorar esa salida, hay que ir por partes.

4. Zaffaroni llama la atención que los casos de colisión de deberes suelen resolverse en favor de un deber prevaleciente como causa de licitud según la ponderación de los bienes en conflicto, aunque en bienes equivalentes, en particular referidos a la vida humana, suele afirmarse la inculpabilidad. Ante ello el autor argentino apunta “...esta última explicación es insuficiente, porque no puede entenderse cómo el derecho puede consagrar como deber la comisión de un injusto, dado que cualquiera de ambas conductas sería un injusto”.<sup>396</sup> Así, cuando un padre se halla en un incendio y solo puede salvar a uno de sus hijos, actuaría inculpablemente si hace esto. Cuando en realidad cumple su deber de evitar el único resultado posible de evitar, sin que quepa imputarle la muerte del hijo insalvable.

5. ¿Será diferente el juicio, cuando para salvar a un hijo, su padre decide lesionar al otro? No debiera serlo si sólo así era posible salvar a quien se asiste y el otro ya no pudiera ser salvado, porque el padre no estará más que cumpliendo su deber en la

<sup>395</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.

única forma posible. Y solo si en una valoración ex-ante, había otro modo de salvarlos, pero el padre yerra invenciblemente, habrá inculpabilidad. Igual Zaffaroni cita:

“El escalador que ve a dos colegas pendiendo de la cuerda y arroja un cuchillo al que está más arriba, que corta la cuerda por debajo de él, evitando que se corte por sobre de sí, salvando su vida a costa de la del otro. El capitán del buque que naufraga y sólo puede salvar parte del pasaje. El médico llamado por un paciente grave, que asiste in itinere a un accidentado igual de grave, hallando luego muerto al primero.”

En esos casos, el peligro no se introduce por quien actúa, sino que ya existe. Y quien actúa no hace más que evitar el resultado respecto de algunos, porque sólo puede hacer eso en acato de su deber legal que surge de los tipos de omisión impropia, con base en los artículos 7° del CPF, 16 del CPF y 47-C de la Iniciativa. Pero también hay casos donde solo cabe plantear la inculpabilidad, como cuando el sujeto deriva el peligro sobre terceros que no estaban en riesgo. Por ejemplo, el guardabarrera que desvía a otra vía el tren de pasajeros que se iba a estrellar, pero causa la muerte de tres operarios que trabajaban en la ruta alterna. O el comandante militar que sabiendo que se bombardeará una ciudad, despista al enemigo y hace que el ataque se dirija a otra menos poblada, pero que no estaba en trance de embate.<sup>397</sup>

Y es que el guardabarrera y el comandante que no tengan un deber legal impuesto en aquel sentido, podrán actuar en estado de necesidad inculpable, pero no en cumplimiento de deberes de actuar referidos en los tipos impropios de omisión. En tanto el deber de actuar está limitado por la misma norma del tipo de omisión, que prohíbe no evitar la lesión de bienes en la medida que sea “posible” su salvaguarda. Así, la norma de los delitos de omisión impropia, impone el deber de evitar un resultado lesivo, pero no a costa de sacrificar otro bien, que para el Derecho tenga igual valía y cuya salvaguarda sea igualmente posible y que, por ello, también deba ser preservado.

Lo cual convalida la acotación de Zaffaroni de que no deben confundirse las situaciones de inculpabilidad en que se salva una vida a costa de la ajena, con la de quien salva la vida de alguien a expensa de la de otro que ya no es posible proteger. El escalador que da el cuchillo al único que puede salvarse cortando la cuerda, no actúa de manera inculpable, sino en acato de un deber jurídico; el que la corta es quien actúa inculpablemente, porque no cumple con ningún deber jurídico. Así pues, sí se conformará el injusto cuando se omita la única acción posible de salvar a quienes sean salvables, pues en tal caso se estará incumpliendo con el deber que impone la ley penal de evitar el resultado típico en la medida de la única acción posible de impedirlo.

6. De esa manera, si en un juicio ex-ante la abstención llevará a la aniquilación de todos los bienes de igual valía y sea posible salvar a cualquiera, preservar a uno de ellos no podrá legitimarse, sino disculparse. Y es que cuando sea posible salvaguardar a cualquiera, pero no a todos, tampoco puede confundirse con el deber de preservar al único bien que es salvable; sin que deba ser otra la solución cuando cambie el número de bienes, si sólo puede preservarse un grupo. Si éste no es el caso, es errado sostener el acato a un deber para salvar a más personas, porque el deber de actuar del tipo de omisión impropia sólo opera para evitar la abstención de salvar a quienes puedan ser salvables, pero no para preferir a uno de los grupos según su número, en tanto la vida de cualquiera es imponderable.

7. Contra ello puede argüirse que cuando sea salvable un grupo más numeroso sacrificando otro menor igualmente salvable, para decidir el sentido del deber importaría el principio de ponderación de bienes del estado de necesidad, aunque no se trate de esa causal, sino del cumplimiento de un deber. Y se abundaría que será inmoral pero no irracional someter la vida humana a la priorización de personas salvables según su número, para fundar el deber. Ya que negarlo, es aceptar que cualquier acción que se tome será antijurídica pero inculpable, por lo que la autoridad podría decidirse por cualquiera.

Empero, aunque el deber de actuar en los tipos impropios de omisión, sólo alude al deber de evitar el resultado que sea posible impedir, por virtud del principio de unidad del Derecho, en realidad el deber de actuar también está limitado con la prohibición de sacrificar otro bien de igual valía que también sea salvable. Solución que solo cambia cuando los dos grupos de bienes estén en riesgo y nada más pueda salvarse a los más o a los menos, en tanto el grupo restante ya no pueda ser salvado. Salida que de todos modos discrepa con la opinión que tiende a dominar cuando se trata de vidas humanas, con base en que no es posible someter a ponderación cuáles han de prevalecer, dado que para el Derecho todas tienen igual valor, sin importar su número, por lo que solo cabría la inculpabilidad.

A ello se añade que, de imponerse un deber de suprimir vidas de seres humanos para salvar a más, aparece una instrumentalización de las personas que atenta contra su dignidad como derecho fundamental. Y con esa postura debe coincidirse cuando se esté realmente en un estado de necesidad, donde no se tenga la posición de garante en virtud de algún deber jurídico impuesto en cierto sentido y sea incierto que sólo pueda salvarse a algunos, o bien cualquiera de los grupos pueda salvarse, pero no todos. Porque en tales casos, matar a unos para salvar la vida de otros, ciertamente no legitima la conducta, sino que la vuelve inculpable (estado de necesidad inculpable.)

396 Idem, op. cit., p. 474.

397 Ibidem, pp. 474 y 475.

8. Mas no sucederá lo mismo cuando alguien evite el único resultado que es posible impedir en tanto el bien restante sea insalvable. Pues en ese evento y según los artículos 7° del CPF, 16 del CPDF y 47-C de la Iniciativa, la única acción posible es ya acción debida y no mera opción. Solución que –se repite– será inválida cuando –en un juicio ex-ante– el desenlace sea incierto, o bien sea posible salvar a cualquiera de los dos grupos, pero no a ambos que perecerán sin la acción salvadora. En el enfoque del estado de necesidad, Roxin se opone a la licitud de la conducta en cualquier caso y se orienta a la inculpabilidad. Para ello cita a Gallas y Welzel, “...cuando hay vidas humanas que entran en un peligro en común con otras, pugna con la moral utilizarlas como partidas contables en una cuenta global”.<sup>398</sup>

Contra ello Zaffaroni señala:

“Existen situaciones en las que el conflicto de bienes no se le plantea al agente, sino al estado: el comandante que salva la ciudad a costa del ataque a una con menor densidad, no se halla en necesidad exculpante, sino que cumple con su deber, porque de no hacer aquello será penado. El estado, so pretexto de respetar la vida humana como valor máximo que impide su mediatización [Kant], no puede derivar su responsabilidad en otro, debe reconocer que a veces impone deberes contrarios a la moral. De lo contrario, el estado sería el único que, ante una situación de inculpabilidad, podría derivarla en otro y así eludir su responsabilidad.”<sup>399</sup>

Empero, la postura de Zaffaroni sólo será correcta si –como él mismo lo precisa– la ley impone un deber así, o haya un conflicto entre bienes donde sólo sea posible salvar a varios, pero no a todos.

9. Por ello, los argumentos de Roxin, Welzel y Gallas pasan por alto los casos donde se excluye la prohibición de matar, porque la exención se logra debido a la labor ordenadora de las normas, cuyo examen se realiza en el estrato del tipo cuando éste suponga el incumplimiento del deber de actuar, o en última instancia, en el injusto respecto a la norma prohibitiva (que no prohíbe sin más realizar la conducta típica, sino sólo concretarla sin causa que la legitime). Atipicidad que ocurre cuando se cumple con el deber de realizar la acción posible de salvar al único bien salvable (deber de realizar la acción posible, que está inmerso en los tipos de omisión impropia, y que, por ello, si se acata, es causa de atipicidad).

Así, en realidad los primeros casos citados como ayunos de tipicidad –o de ilicitud–, son protagonizados por agentes que cumplen con un deber porque salvan el único bien posible de salvar y que perecerá de no preservarlo y podrán ser penados.

El padre cumple con el deber de proteger al único hijo que puede salvar; el escalador con auxiliar al único que puede ayudar; el capitán con socorrer a los naufragos que es posible salvar; el médico de asistir al accidentado que alcanza atender. Pero no así el comandante, que si bien acatará el deber de salvar la ciudad más poblada si existe norma que se lo imponga, desde el enfoque de la vida y dignidad humanas de los menos también salvables, sus bienes son tan imponderables como los demás. Lo que confirma el aserto de Zaffaroni: “...las dudas a este respecto, en especial en los casos que se pretende tratar como inculpabilidades, derivan del llamado injusto objetivo, fundado sólo en la causalidad del resultado”.<sup>400</sup> Desde la perspectiva aquí sostenida, estas dudas no existen, se trata del cumplimiento de deberes.<sup>401</sup>

10. Ello es correcto, en parte. La antijuridicidad no sólo es afectación a bienes jurídicos, sino también contrariedad con la norma. En todas las causas de licitud hay lesión, pero falta la oposición con la norma, y cuando se cumple un deber legal se acata la norma. Así, el problema que en realidad se plantea no es de si hay lesión a un bien (pues sin duda la hay), sino de si hay o no antinormatividad de la conducta, según el cumplimiento o incumplimiento de deberes legales.

Por lo que, si una ley impone el deber de actuar en cierto sentido, incluso dando peso a la magnitud de la lesión frente a bienes de igual valor –y no solo cuando sea la única acción posible de evitar el resultado– ¿cabría admitir que la conducta que cumpla con ese deber –aunque inmoral y lesiva para un bien– sería ajustada a la norma? La respuesta afirmativa aún sería incorrecta, cuando el deber legal que se impone es salvar a los más a costa de los menos, porque un deber legal de esa naturaleza se enfrenta con la dignidad humana como derecho humano que debe ser respetado y que, en México, obliga a inaplicar la norma salvadora de los más a costa de los menos, para enderezar el deber a salvar a los que sean salvables, en tanto los otros ya no puedan ser salvados.

11. Por ello, cabe preguntarse sobre la legitimidad de normas que impongan como deber matar a menos inocentes, para salvar a más. Ríos Vega apunta “...en Alemania, Brasil, Grecia y Gran Bretaña se ha planteado expedir leyes que autoricen a sus ministros de defensa derribar aviones cuando con ellos se intente un acto terrorista [el avión-bomba], situación que toca a la

398 Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, p. 689.

399 Idem, Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 475.

400 Idem., p. 475.

401 La salvedad podrá existir cuando el sujeto sin tener una posición de garante específica deriva el peligro sobre terceros que no estaban en riesgo o que estándolo, también podían ser salvados. Como sucede con el guardabarrera que, sin tener un deber impuesto por la ley, aparta hacía una vía desocupada el tren de pasajeros que se iba a estrellar, pero causa la muerte de tres operarios que trabajaban allí. O con el comandante que, sin existir un deber legal específico, desvía el ataque de un avión contra una ciudad, hacía otra con menor densidad poblacional. Casos donde solo cabe hablar de inculpabilidad.

dignidad humana, pues la vida de inocentes se instrumenta para salvar a otros inocentes.<sup>402</sup> Empero, ese criterio desatiende que cuando sea imposible salvar al grupo que se sacrifica y abstenerse conlleve la muerte de todos, es prioritaria la vida de los salvables (y que por ello deben ser salvados), que la dignidad de quienes ya no puedan ser amparados. De lo contrario, el Derecho negará la vida de seres humanos salvables en nombre de la dignidad de quienes su muerte es ya inevitable.

Opera así el *principio de salvamento de los que sean salvables* —que postula Ríos Vega—. Distinto al párrafo [3] del §14 de la Ley de Seguridad Aérea de Alemania que permitía: “la intervención de la fuerza armada sólo cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda suponerse que el avión será utilizado contra la vida de personas y éste sea el único medio para evitar el peligro actual”.<sup>403</sup> Merkel señala que estas normas permiten la matanza útil, deliberada y masiva de inocentes por parte del Estado, con el fin de ahorrarles a muchos otros inocentes un peligro mortal. Pues si el avión es secuestrado por terroristas para atentar contra la vida de otros, la ley autoriza derribarlo dado que sería el único medio para evitar ese peligro actual e inminente. El dilema es claro, ¿puede el gobierno matar legítimamente a inocentes para salvar a otros?

Ríos Vega anota que dicha norma fue anulada en 2006 por el Tribunal Constitucional Alemán, por contrariar el principio de dignidad humana del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, que establece: “La dignidad de la persona es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. El Tribunal Constitucional Alemán consideró que el párrafo [3] del §14 de la Ley de Seguridad Aérea de ese país, atentaba contra la dignidad humana, pues no puede tratarse a las víctimas como un instrumento para salvar a otras. La protección de la dignidad es inviolable y sin excepciones, por lo que es inaceptable que la ley abra la puerta para que inocentes se conviertan en meros objetos de una acción de salvamento.<sup>404</sup>

12. La solución ha de ser igual según la C. Mexicana, que garantiza la dignidad humana en su artículo 1°. Pero no así —aspecto que eludió la ley alemana y del cual no se ocupó el Tribunal—, cuando ya no sea posible salvar al grupo que se sacrifica y abstenerse signifique la muerte segura de todos. *Y es que preservar la vida de los que son salvables es la única acción posible y debida, en tanto su omisión conllevará a que todos perezcan.* Lo contrario apareja negar el posible y debido salvamento de seres humanos y asegurar su aniquilación, en nombre de la dignidad de quienes ineludiblemente perecerán.

Lo cual no quita la ilegitimidad de normas de salvamento de los más, mediante el sacrificio de los menos que aún puedan ser salvados, o de las normas que impongan aquel deber sin una restricción que recoja el “principio de salvamento de los que sean salvables”, pues aunque las normas que desatendan dicho principio deberían obedecerse mientras no fueran derogadas o invalidadas, su fondo es constitucionalmente injustificable, al instrumentalizar personas sin respeto a su dignidad, y que de todos modos obliga a cualquier juez a inaplicarlas, cuando no están limitadas por el principio de salvar a los salvables.

### C. DEFENSA LEGÍTIMA

#### I. Fundamentos de la defensa legítima

1. En los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del CPDF y 55-II de la Iniciativa, la defensa legítima opera como excluyente de delito cuando:

En el CPF: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

En el CPDF: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

En el CPC: “Cuando se repela una agresión, actual o inminente y sin derecho, a bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando sea necesaria la defensa de que se trate, porque no existan al alcance medios menos lesivos o no lesivos que permitan rechazar o impedir la agresión, y no haya disparidad aberrante entre la lesividad de la repulsión y la implicada por la agresión, además, respecto de ésta última no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de quien aparente su defensa”.

“El agredido podrá defenderse legítimamente si no acordó la provocación con quien la realiza y luego aparenta defenderlo.”

402 Ríos Vega, Luis Efrén, ¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión bomba, Madrid, *Derechos y Libertades*, Número 21, Época II, junio 2009, 2009, pp. 187-225.

403 El “principio de salvamento de los que sean salvables” difiere de lo que disponía la ley alemana, en virtud de que ésta se concretaba a permitir la intervención de la fuerza armada cuando ella fuese el único medio de evitar el peligro actual, pero sin acotarlo a la precondition de que —en un juicio ex-ante— ya no fuese posible salvar a quienes iban en el avión.

404 Idem., en “*Es válido matar inocentes*”, Ríos Vega reseña con maestría el dilema y pone en la mesa de discusión un debate del cual aún no se ha dicho la última palabra —y para el que quizá no exista una respuesta concluyente—.

“Asimismo, se estimará que hay defensa legítima, si el agredido lesiona a quien lo agredió antijurídicamente, pero aún hay peligro que la agresión se reanude enseguida de repelerla y respecto de aquella conducta se cumplan los demás requisitos de la defensa legítima.”

2. La defensa legítima impide la antijuridicidad de la repulsión que se ajuste a aquélla, misma que es una necesaria excepción a la prohibición del artículo 17 C., de que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. Ello es así, en tanto en los supuestos que aquélla regula, es imposible acudir a impetrar justicia sin que antes se lesione a un bien jurídico mediante una agresión injusta.

Así, la defensa legítima se funda, por una parte: 1) En el principio de proporcionalidad, desglosado en la protección defensiva “necesaria” y “racional” de los bienes del agredido injustamente. Y, por la otra: 2) En el de prevailecimiento del derecho del agredido a no ceder ante una agresión injusta (cuando no estén presentes los agentes del Estado, o estándolo, no actúen o su proceder sea insuficiente para rechazar o impedir la injusta lesión al bien que se defiende).

En tal sentido, Roxin señala:

“...la autoprotección y prevalencia del Derecho encuentran sus límites comunes únicamente en el principio de proporcionalidad, que conduce a no admitir la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia, etcétera)”.<sup>405</sup>

3. En esas ideas sobresale el sentido individual del principio de prevailecimiento del derecho del agredido a repeler un ataque injusto. En vez de una orientación supraindividual, de mero prevailecimiento del Derecho. Con base en ello –a decir de Baldó Lavilla–, Newman replantea el principio de “el Derecho no debe ceder ante el injusto”, por “el derecho del agredido no debe ceder ante una agresión injusta”.<sup>406</sup> Ante ella cabe una defensa “racionalmente necesaria”, según el CPF, o bien una defensa que sea “necesaria”, conforme al CPDF.

No obstante, para salvar la omisión de “racionalidad” en el CPDF cabe atender a la observación de Zaffaroni de que:

“...a diferencia de la tradición legislativa germana –que se refiere a la defensa necesaria–, la argentina se ha referido siempre a la defensa racionalmente necesaria, con lo que se expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es lo jurídico, y está dado por la «racionalidad», la defensa necesaria es legítima siempre que también sea racional.”<sup>407</sup>

La postura de limitar la defensa necesaria a su racionalidad conlleva que al agresor se le reconozca como portador de derechos, aunque sea él quien realice una conducta injusta. Zaffaroni apunta que una postura individualista radical debe rechazarse –en cuanto solo bastara la necesidad de la defensa para legitimar la lesión–, pues “...no es posible sostener que el niño perdiera todos los derechos por querer apoderarse de una manzana, lo que no sucede ni siquiera con la más severa pena estatal impuesta por el más grave de los delitos.”<sup>408</sup> Y agrega: “...el límite se impone en función del principio de iguales libertades... el agresor no puede ser reducido a un objeto de derechos de terceros y porque lo irracional no puede constituir ningún derecho”.<sup>409</sup>

De ahí –agrego por mi parte– que en la dogmática alemana se añadan a la necesidad de la defensa otras condiciones, llamándolas “cualidades requeridas o indicadas” de la defensa legítima y las cuales en el fondo son exigencias de “racionalidad” de la defensa para que sea legítima.<sup>410</sup> Mismas condiciones que se hallan implícitas en el artículo 29-IV del CPDF. Y en tanto tal requerimiento de racionalidad se corresponde con el principio de proporcionalidad, más sólo en el sentido de que no haya “desproporción aberrante entre la lesividad de la repulsión y la implicada por la injusta agresión”, como lo precisa el artículo 55-II de la Iniciativa. De todos modos, antes de ocuparse de esas condiciones, primero es preciso atender a los “presupuestos” que dan motivo a la defensa legítima.

## II. Presupuestos de la defensa legítima

La defensa legítima presupone siempre una agresión injusta –actual o inminente–, dirigida a lesionar bienes jurídicos de una o más personas. Paso al examen de esas condiciones.

405 Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, José Luis De Palma Editor, 2ª edición, 2ª reimposición, 2006, p. 79.

406 Citado por Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, pp. 84 y 85.

407 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 584 y 585.

408 Idem., op. cit., pp. 585 y 586.

409 Ibidem.

410 Véase a Roxin, Claus, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, pp. 635 y ss.

## 1. Bienes jurídicos susceptibles de defensa legítima e individualización de la agresión

Contra la generalizada creencia de que cualquier bien jurídico es defendible a través de este instituto, existe la tendencia a limitar el ejercicio de la defensa legítima sólo cuando se repelan ataques a bienes jurídicos individuales. Tal es la postura de Roxin<sup>411</sup> y de otros pensadores en Europa, según señala Zaffaroni.<sup>412</sup> Pero frente a la idea de que sólo serían defendibles los bienes individuales, debe mantenerse el criterio de que todos los bienes jurídicos son defendibles, aunque el mismo también debe sujetarse a la condición de que la agresión debe dirigirse a lesionar bienes jurídicos de quien sea objeto del embate, y no solo considerando una agresión indeterminada a un bien jurídico. Nos explicamos:

1) Respecto a la restricción del derecho a la defensa legítima sólo cuando se agredan bienes jurídicos individuales, cabe objetar que esa limitación es incompatible con la protección de los derechos humanos llamados de segunda y tercera generación. Es decir, de los derechos colectivos, como el derecho a la salud, por ejemplo, los que pasarían a ser derechos de segunda y de tercera a secas, porque los ciudadanos no podrían oponer ninguna resistencia a los ataques a bienes jurídicos que implicaran el disfrute de tales derechos. Con ello, tales derechos –apunta Zaffaroni– “...serían meras declaraciones que el estado puede no respetar... serían manifestaciones de buena voluntad de los estados escritas en sus constituciones y en los tratados internacionales”.<sup>413</sup>

2) Pero también la solución de que cualquier bien jurídico es defendible debe matizarse, en tanto que el tenor legal de las eximentes de defensa legítima, presupone una agresión injusta contra una o más personas en sus bienes jurídicos, sean éstos individuales o colectivos, ante la cual sea necesario rechazarla de manera racional por parte de los agredidos (defensa propia) o por terceros (defensa de terceros).

En tal orden de ideas, lo cierto es que no cabrá defensa legítima mientras no haya una agresión injusta dirigida contra alguien en particular, que lesione o coloque en riesgo a un bien jurídico individual o colectivo del agredido. Por ello no cabe una defensa legítima contra una evasión de presos o respecto a delitos contra la salud pública o el medio ambiente, sin que ello excluya denunciarlos o que la autoridad o los particulares puedan detener en flagrancia a quien los esté ejecutando si su comisión es manifiesta, ya sea en cumplimiento del deber o al amparo de la potestad-derecho que les concede el artículo 16 C. Ir más allá en los casos de ataques injustos a bienes colectivos, sin que esos embates se individualicen contra un bien jurídico de alguien en particular, hará peligrar la prohibición del artículo 17 C.

Y ello es como se indica, porque el artículo 17 C. dispone que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho” y la postura que pase por alto esa interdicción y admita la defensa legítima contra afectaciones a bienes jurídicos sin que ellas consistan en una agresión injusta contra los bienes jurídicos de alguien, tenderá a dotar a los ciudadanos de poderes policiales que la misma C. les niega. Como también considerar que los bienes jurídicos “individuales” serían los únicos bienes defendibles, conduce a soluciones inadmisibles respecto a la defensa de bienes jurídicos “colectivos”, cuando los ataques a éstos precisamente se traduzcan en agresiones contra una o más personas que los disfruten.

Además, los bienes jurídicos provenientes de derechos colectivos tan son propios como ajenos, porque siempre se refieren a su disfrute por todas las personas y por tanto de cada persona. Y resulta que la ley no restringe la defensa legítima solo a las agresiones contra bienes individuales, ni veda defenderse contra el ataque dirigido a un bien “colectivo” que goce uno de sus titulares. Si un viandante transita por una banqueta y se ve acorralado por un borracho, podrá advertirle que le dé el paso y si no lo hace y no hay agente de autoridad, aquél puede hacer a un lado al briago, así como el acompañante puede impedir al conductor que siga manejando un carro peligrosamente para terceros, cuando haga un alto momentáneo en medio de otros vehículos.

3) Lo ejemplos anteriores también ponen de manifiesto que es posible la defensa contra agresiones que no constituyan un injusto penal, en la medida que aquéllas sean antijurídicas y la repulsa sea necesaria y racional. Más precisamente por ello, será irracional que el conductor de un coche impida por la fuerza al chofer de otro, que haga un adelanto incorrecto y peligroso, pues por más que ese proceder sea riesgoso, también las acciones impeditivas de aquél cuño aumentan el peligro para terceros. Menos aún son rechazables mediante fuerza los intentos de ganar un espacio de estacionamiento público de manera socialmente inadecuada. Pues ¿qué bien jurídico lesionaría y a que norma jurídica se opondría quien intente ganar el espacio de aquel modo?

4) Igualmente, la defensa legítima de terceros será inadmisibles respecto a agresiones dirigidas contra un bien jurídico disponible, cuando sea claro que su titular ha consentido la injerencia sobre el bien, ya que en esos casos faltará una agresión “injusta” por ausencia de su lesividad, lo cual vuelve intolerable la intrusión de quien vaya contra el ámbito de autodeterminación responsable del titular. Aunque de nuevo, la cuestión en esos casos no es de si el bien jurídico es o no defendible, sino de que faltará la agresión lesiva cuando sea evidente que el titular del bien consintió la injerencia.

Por otra parte, la vida del ser humano es indisponible por otro. Por ello, un tercero puede defenderla con actos que tiendan a evitar un aborto punible. Empero, aunque el aborto voluntario sigue siendo lesivo cuando concurren causas legales de excusa: de

411 Roxin, Claus, op. cit., pp. 623 y ss.

412 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., p. 589.

413 Idem.



todos modos, la concreción de estas causas vuelve ilícito que un tercero impida por la fuerza tal clase de aborto, pues la ley da a la mujer el derecho a decidir la interrupción de su embarazo. Más aún, cuando el artículo 334 del CPDF dispone como servicio público de salud que a la embarazada se le den apoyos y alternativas para que pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Por lo que, a lo más, cabe el derecho de realizar actos pacíficos de protesta ante las autoridades.<sup>414</sup>

5) En algunos casos podrá faltar lesión y la conducta solo ser antinormativa, contra la cual tampoco puede oponerse defensa legítima, pero no porque el bien –al ser colectivo– no sería defendible, sino porque la conducta no tiene dirección lesiva contra alguien en particular. Así, no cabe defensa legítima ante quien beba vino en la acera pública, pues, aunque la conducta sea antinormativa, la misma carece de orientación lesiva contra alguien en particular. Pensar lo contrario significa que el Estado convertiría en policía a cada individuo, a lo cual se opone el principio del artículo 17 C., que da al Estado el monopolio de la fuerza.

## 2. Carácter conductual de la agresión

De la expresión legal “agresión”, se infiere que sólo es posible concebir la defensa legítima frente al ataque que provenga de la conducta de otra persona, ya sea que ella realice la agresión, o bien se valga de otra o de un animal para efectuarla. De ello se desprenden las consecuencias siguientes:

1) No cabe invocar defensa legítima cuando el ataque provenga de un animal, sin que éste sea azuzado por otro, o no sea detenido por este si carece de dominio sobre aquél, pues en tales eventos lo que puede configurarse es un estado de necesidad.

2) Tampoco es admisible considerar agresoras a las personas jurídicas, como son las sociedades y asociaciones mercantiles o civiles y el mismo Estado, pues dada su naturaleza inmaterial, ellas no pueden actuar con sentido penal. Aunque por supuesto sí se puede obrar en defensa legítima ante las acciones de las personas físicas que las representen, o que sean empleados o servidores públicos de esas personas jurídicas, cuando aquellos individuos actúen con tal carácter y sus conductas se traduzcan en agresiones injustas.

3) De igual modo cabe excluir como defensa legítima, el rechazo de reacciones físicas de una persona sin control de su voluntad, como, por ejemplo, actos reflejos, convulsiones, sonambulismo, estados epilépticos, etc. Frente a tales movimientos no cabe oponer la prevalencia del derecho del agredido, ante una persona que ni siquiera domina su voluntad. Mas sin que por ello tengan que tolerarse tales intromisiones a nuestros bienes jurídicos, pero al amparo de un estado de necesidad y no de una supuesta defensa legítima, cuando en realidad no hay una conducta que apoye una agresión. Por ello, cabe igual solución cuando se actúe contra una fuerza desencadenada por caso fortuito.

Por ejemplo, cuando a un carro se le quiebra la barra de dirección y se orienta a la acera, por lo que para desviarlo se le dispara a las llantas.<sup>415</sup> El supuesto no es diferente –y conlleva a la misma solución– si por una acción descuidada queda fuera de control una maquina o un animal, como sucede cuando el jinete inexperto espolea incorrectamente al caballo que monta, desbocándose éste, o cuando un coche se deslice en una pendiente, porque el conductor omitió ponerle el freno de mano al estacionarlo. Y aunque pudiera aducirse que en tales eventos sí hay acción –lo cual es cierto– y que sí cabría la defensa legítima porque la acción quebrantó un deber de cuidado y el peligro lesivo es objetivamente imputable a dicha acción descuidada, lo cierto es que falta el presupuesto de una “agresión” para que haya defensa legítima.

En efecto, aquél argumento se endereza más al carácter injusto de la conducta, pero pasa por alto que en aquellos eventos no puede hablarse de una “agresión”, en tanto esa expresión literalmente significa un “acto de acometimiento a alguien”, o “acto contrario al derecho de una persona”. Con base en ello Zaffaroni opina que no cabe la defensa legítima y aduce que si “...el sujeto no puede contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia, tampoco cabe pensar en legítima defensa...”. Y agrega “...en estas circunstancias no puede hablarse de agresión..., por más que se le advierta [al sujeto] del peligro, pues ya no puede hacer nada por evitarlo. Cabe así un estado de necesidad”.<sup>416</sup> Lo que lleva al siguiente presupuesto: la naturaleza de la agresión.

## 3. Naturaleza de la agresión

1) Por lo general, la agresión consistirá en un acometimiento físico o en emplear medios lesivos contra otro, pero la defensa legítima no los presupone necesariamente, pues dentro las acepciones de “agresión” en el Diccionario, también está la de un “acto contrario al derecho de una persona”.<sup>417</sup> Lo esencial pues, es que se trate de una acción que ex-ante aparezca dirigida a lesionar uno o más bienes jurídicos de una o más personas. Sin olvidar que la valoración ex-ante de la agresión apareja atender a las circunstancias concurrentes que la representen como tal.

---

414 Por iguales razones, tampoco cabría una acción violenta de repulsa contra quienes practiquen el aborto en aquellas condiciones, pues según los términos de la ley, se infiere que aquéllos también se ven beneficiados por la excusa.

415 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., p. 591.

416 Idem, op. cit., p. 591.

417 Real Academia Española, *Diccionario...*, op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España; <http://www.rae.es/>

2) Conforme a lo dicho, también se puede agredir a un bien jurídico sin necesidad de arremeter materialmente contra su titular. Por ejemplo, es admisible la defensa legítima contra una difamación que lesione al honor, interrumpiendo a quien está desprestigiando verbalmente, o desconectándole el micrófono del cual se vale para ello. Como también la abstención de una acción debida puede estar dirigida a lesionar a otro, como sucede cuando la madre omite por un lapso de tiempo considerable alimentar a su hijo recién nacido, en cuyo caso se le puede advertir para que lo alimente, o incluso apartarla para tal efecto, o bien si la misma sale de su casa en aquellas condiciones, adentrarse a la morada ajena donde se encuentra el menor y alimentarlo.

La agresión pasiva debe provenir del garante (obligado a hacer lo posible para preservar al bien de la lesión que conlleva la omisión). Por ejemplo, abstenerse de liberar a alguien cuando ya se esté claramente obligado a ello, por lo que cabe la fuga legítima del preso mediante fuerza en las cosas de ser necesario. La abstención puede provenir tan de quién esté a su cargo ordenar la libertad, como de quienes estén subordinados a las órdenes del garante y se inhiban de cumplirlas; o mantengan la privación a pesar de la notoria orden arbitraria del superior. La agresión pasiva puede residir en otras abstenciones penalmente relevantes, que haga preciso superarlas, por ejemplo, desposeer a alguien de su coche cuando éste no lleve al hospital a quien atropelló, a pesar de estar herido y no haya otro medio menos lesivo al alcance.

3) Se aduce que el incumplimiento de una obligación civil no es susceptible de constituir una agresión que justifique una defensa legítima, más allá de insistir en el cumplimiento de aquélla y advertir al obligado de la demanda respectiva, en tanto la ley prevé que esa contravención pueda enfrentarse mediante una acción civil, como también sucede con el impago de la renta o de una deuda. Lo cual es cierto casi siempre, pero no en todos los casos. Porque puede suceder que un incumplimiento civil o patronal configure el peligro de una lesión a otros bienes jurídicos, que haga necesaria una acción de salvaguarda, que de no efectuarse los dañará irreversiblemente, dado que el resultado de la acción por la vía judicial llegará demasiado tarde.

Zaffaroni apunta: "...tal es el caso del sujeto que no paga a su empleado y lo coloca en una situación de miseria, lo que le lleva a apoderarse de algo de dinero de su empleador para asistir a su hijo enfermo o pagar el alimento del que ya carece su familia".<sup>418</sup> La infidelidad conyugal, mediante copula con otro, afecta al cónyuge ofendido y aunque pudiera estimarse que aquella conducta de ordinario no está dirigida contra el cónyuge ofendido, tal argumento queda sin sustento cuando precisamente la conducta del infiel tenga el claro sentido de ofender al cónyuge. Sin embargo, la infidelidad dirigida a agravar al cónyuge no permite una repulsa físicamente violenta que origine lesiones, ni siquiera cuando el adulterio ocurra en el domicilio conyugal (artículo 273 del CPF).

Ello es así, pues, aunque el acto de infidelidad pudiera considerarse agresión (lo cual es discutible), el hecho es que hay medios menos lesivos que bastan para impedir el acto material de infidelidad,<sup>419</sup> Sin que ello empiece para la detención en flagrancia de los adúlteros con base en el artículo 16 C., cuando la conducta esté considerada como delito. De ello también se sigue que el incumplimiento –aun con el fin de ofender– del débito conyugal no es defendible mediante defensa legítima para imponer al cónyuge cópula violenta. La SCJN consideró que el yacimiento por la fuerza que se imponga el cónyuge incumplido sin su consentimiento, constituye el delito de ejercicio arbitrario del propio derecho. Y que ahora se tipifica como delito de violación del cónyuge.<sup>420</sup>

4) La agresión debe ser real. No faltará tal realidad cuando se apunte con una pistola a quien se defiende lesionando al agresor, aunque luego aparezca que el arma estaba descargada. Pues lo que importa es que sean reales las circunstancias que por sí muestren –ex-ante– que existe la agresión que da pie al rechazo. No se trata así de reconducir esos casos al ámbito de las justificantes putativas, que debieran ser tratadas como errores de prohibición. Sino de examinar con objetividad los eventos en que el rechazo aún se ajusta a Derecho. Porque esa causa de licitud no serviría de nada, si se desatienden las circunstancias reales que evidencian la existencia de la agresión al momento de su repulsión.

Si no se duda en excluir de delito al sujeto ilegítimamente agredido con un arma, que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que ex-post se comprueba que portaba un arma verdadera. No se ve razón para que se le niegue ese derecho a quien actúa de igual forma ante una agresión cuyo peligro resulta falso ex-post. Ya que es al momento del rechazo como el Derecho valora las circunstancias reales en las que se manifiesta la agresión como tal. Como ya se apuntó en otro apartado, negar en estos casos la licitud de la conducta es hacer nugatorio el sentido jurídico de las causas de licitud como normas permisivas de conductas que circundan a las normas prohibitivas, convirtiéndolas en una lotería de justicia.

Así pues, en aquellos casos no se trata de una defensa putativa que configure causa de inculpabilidad por error. Ni de un error de tipo por analogía –como sostiene Roxin<sup>421</sup>–. Sino de una verdadera defensa legítima, más aún, porque si de acuerdo con los artículos 1910 del CCDF y 1851 del CCC, no hay obligación de indemnizar cuando el daño se cause en virtud de culpa o negligencia inexcusable de la víctima; a mayoría de razón faltará esa obligación cuando el daño se deba al actuar doloso de aquélla,

---

418 Idem, op. cit., p. 592.

419 Asimismo, porque la infidelidad es causal de divorcio que puede demandar el cónyuge ofendido.

420 Véase VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. Tesis de Jurisprudencia 10/94, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Parte 77, mayo de 1994, p. 18.

421 Roxin, Claus, op. cit., Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, pp. 579 a 589.

en el supuesto de que la agresión –que en el fondo es aparente– no se haya realizado por broma, sino realmente para conseguir un fin delictuoso.

Aunque también puede suceder que quien repela la agresión sepa su naturaleza, y en tales eventos cabe precisar lo siguiente: es obvio que la agresión con un medio cuya inidoneidad para lesionar sea notoria o conocida por quien se defiende, no justifica una lesión igual o mayor al rechazarla que la implicada por el medio cuya inidoneidad es sabida. Pero, aun así, puede que dicha conducta constituya un ataque antijurídico real al bien jurídico de una persona, cuya defensa sea necesaria en su medida racional. Si alguien se propone robar con una pistola que notoriamente es de juguete, aun puede estimarse que hay agresión sin derecho y con motivo para repelerla, en la medida necesaria y racional para impedir el robo.

5) En relación con el tema Zaffaroni estima: “...en los casos en que la situación exista, pero se valore la necesidad con cierto grado de inexactitud comprensible, no se envía automáticamente el problema a la culpabilidad...”. Para añadir enseguida:

“...la regla pareciera ser que la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse con la imaginación del agente o de terceros observadores, pero que no cabe igual solución cuando la situación existe y la imaginación sólo opera sobre la intensidad de la situación misma.”<sup>422</sup>

Con base en ello, Zaffaroni señala que la agresión “...debe valorarse siempre ex-ante y no ex-post”.<sup>423</sup> Es decir, desde el punto de vista de un observador imparcial que tome en cuenta las circunstancias concurrentes al momento en que se defiende el sujeto.

Zaffaroni agrega:

“...si ex-ante fuese posible reconocer la innecesidad de la defensa y ésta no se hubiese reconocido [por] yerro provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad”.<sup>424</sup>

Y es que quién resiente una agresión cuya realidad es provocada por quien la representa como tal, no tiene por qué verificar la irrealidad de la misma, cuando la dilación apareje el riesgo de sufrir las consecuencias en perjuicio propio o del tercero al que se defiende. Y tampoco el tercero que en ese contexto acuda en defensa del agredido, tiene por qué soportar una defensa de su acción. Ni menos afrontar la indemnización por su supuesta conducta antijurídica, cuando su repulsión fue ajustada a Derecho, según las circunstancias reales que evidenciaban ex-ante la agresión.

#### 4. Perfil antijurídico de la agresión

1) La agresión debe realizarse “sin derecho”. Interpretar la expresión “sin derecho” en su acepción literal puede llevar en ciertos eventos al absurdo, pretendiendo fundar la defensa legítima contra la acción de una persona porque no tenga un derecho en particular para realizarla, aunque aquélla no actúe de manera antijurídica. La expresión “agresión sin derecho” apunta así a una connotación distinta del vocablo, en el sentido de que la agresión sea “antijurídica”, esto es, que coloque en riesgo de lesionar a un bien jurídico o lo lesione (desvalor del resultado), a través de una conducta contraria a Derecho (desvalor de la acción.)

De aquí que no se admita la defensa legítima ante otra conducta amparada en la misma causal o en otra causa de licitud. Como tampoco sea admisible –en su forma de defensa legítima de terceros– cuando quien sería el agredido, ha consentido la intromisión en un bien del cual él dispuso como su titular. La antijuridicidad de la agresión no se determina pues, sólo por el desvalor del peligro o la lesión a un bien, ni nada más por el desvalor de la acción, sino por ambos. En el primer aspecto, no cabe admitir la defensa legítima contra un mero desvalor de la acción, cuando ella no sea peligrosa para el bien jurídico, o viceversa, como sucede cuando alguien realiza una acción que origina una situación de peligro, si es que la efectúa con el cuidado debido.

Con base en esa distinción se dice que no habrá defensa legítima sino un estado de necesidad, cuando conducido un coche con el cuidado debido, con motivo de aceite en el pavimento aquél se deslice hacia unos viandantes que, para detener o desviar la marcha del auto, dispares contra sus llantas. Lo cual es correcto en la solución, pero no en la razón. Porque en tal caso no puede haber defensa legítima en la medida que falta una conducta de agresión, a partir de cuando el vehículo quedó fuera de control, pero no porque existiría una agresión conforme a Derecho. De aquí que el fundamento en esos casos sea el estado de necesidad justificante, porque en ellos falta la agresión y, por tanto, una defensa legítima, que ciertamente no la hay.

2) Por lo demás, será inadmisibles la defensa legítima, aunque se trate de una conducta contraria a una norma, si con ésta no se agrede a alguien en sus bienes jurídicos. Si una persona toma cerveza en la acera pública contra la prohibición administrativa en ese sentido, otro transeúnte no tiene porqué erigirse en policía arrogándose el uso de la fuerza contra el bebedor, ni siquiera para llamarle la atención correctivamente.

422 Idem.

423 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., pp. 587 y 588.

424 Idem., p. 587

En sentido contrario, no cabe defensa legítima mediante violencia contra actos formalmente legales de las autoridades que afecten un bien jurídico, como sucede con el cumplimiento de una orden de aprensión, aunque luego sea revocado el auto que la funda, o con el acato de una orden de aseguramiento respecto de la que luego se concede el amparo que queda firme.

La defensa legítima sí será admisible cuando se ejecuten órdenes o determinaciones con dirección lesiva, que sean manifiestamente arbitrarias y, por ende, contra Derecho. Como sucedería si un juez dispusiera coaccionar a un testigo, o que un militar ordenara que se aplicara un tormento. Respecto a la detención arbitraria, el agredido puede rechazarla legítimamente, cuando la misma no obedezca a ninguno de los supuestos en los que la C. permite la detención (artículos 16 y 21 C.); o bien aquella detención arbitraria no obedezca a un arresto que provenga de una medida judicial de apremio, ni a una corrección disciplinaria impuesta por quien tenga la facultad legal y el motivo para ordenarlas.

3) La ley sólo exige que la agresión sea sin derecho, pero no demanda que la misma también sea dolosa y culpable. Por ello, carece de sustento la tesis que estima que además de antijurídica, la agresión habría de reunir aquellas características. Como afirma Jakobs, por ejemplo.<sup>425</sup> Porque habrá agresión antijurídica cuando una persona se conduzca sin dolo, pero ponga en peligro a un bien jurídico ajeno al contrariar un deber de cuidado. Y porque los menores y los dementes pueden realizar agresiones sin derecho ante las que quepa la defensa legítima. La tendencia a introducir elementos de la culpabilidad en las causas de licitud, lleva a concebir a la defensa legítima como causa que demandaría al repulsor convertirse en quien deba punir al agresor, cuando esta es tarea reservada a los jueces previo el debido proceso.

Además, la tesis de que la agresión injusta debiera ser dolosa y culpable, reduce la defensa legítima a cercos difíciles de aceptar. Y con ese costo tan solo logra una dudosa ubicuidad de los casos en que la agresión no sea dolosa o sea inculpable, al terreno de un estado de necesidad omnicompreensivo e indiferenciado entre el justificante y el inculpable. Aunque tampoco es preciso que la agresión antijurídica sea típica, como estima Roxin.<sup>426</sup> La conducción de un coche en la vía pública de manera peligrosa y descuidada (dar zigzags por mero juego) sin que motive un daño, es penalmente atípica, pero igual es antijurídica y basta para que el acompañante la pueda impedir en una medida racional.

#### 5. Carácter actual o inminente de la agresión

1) Un presupuesto para la defensa legítima es la injusta agresión, siempre y cuando sea “actual o inminente” la lesión al bien o bienes jurídicos que se defiendan. De aquí que con las voces “actual” o “inminente” adscritas a la agresión, la ley se refiera a “repelerla” cuando la misma ya se ejecuta, o bien a “impedirla” cuando apenas se inicia. Se pone así coto a algunas ejecutorias que establecieron que no había defensa legítima si el agredido frenaba el ataque, lesionando al injusto agresor cuando apenas empezaba a sacar la pistola de su cintura. Exigiendo que el agredido o tercero prácticamente esperaran hasta que el agresor apuntara o disparara. Así, la defensa legítima no se reduce al restringido espacio de que ya deba existir una agresión –“actual”– para que proceda su repulsión.

Es decir, estimar que la defensa legítima solo sería admisible cuando ya se efectúe una agresión sin derecho en contra de quien la rechaza, es un criterio que conduce muy cerca de la prohibición del artículo 17 C. reduciendo el principio de que el derecho del agredido no debe ceder ante una agresión injusta. Empero, conforme a la ley basta con que la agresión esté por darse, lo cual apareja ampliar, pero no llevar demasiado lejos los límites de la excluyente. Pues de la voz “inminente” –cuyo significado es “amenaza o que está por suceder prontamente”– asociada a la “agresión”, se deduce que ésta puede manifestarse en actos que indiquen el peligro de una pronta lesión a uno o más bienes jurídicos de otra persona que bien podrá impedirla legítimamente.

2) Habrá agresión “actual” que motiva la defensa cuando un sujeto apunta con su pistola a quien se defiende. Pero aquélla será “inminente”, cuando el agresor lleve su mano hacia el revólver que porta en un contexto que revele su intención de disparar a otro. Asimismo, la acción defensiva también se justifica cuando se repele una agresión que ya lesionó, pero, según las circunstancias, aún hay peligro que se reanude enseguida de repelerla. En tales casos, evitar la continuación de la agresión equivale a impedirla. Al respecto, es ilustrativa la tesis siguiente:

“DEFENSA LEGÍTIMA. EXISTE CONTEMPORANEIDAD DE LA REPULSA CON LA AGRESIÓN, CUANDO ÉSTA SE DESCOMPONE EN VARIOS ACTOS Y ALGUNOS ESTÁN POR REALIZARSE. No se excluye la contemporaneidad de la agresión con la acción de repulsa, ni la inminencia del peligro que la agresión representaba para el ahora sentenciado y su hermano que se encontraba herido en el lugar de los hechos, si se toma en consideración que, cuando el comandante tomó de la mano al atacante para tratar de evitar que continuara su ataque, éste persistió en su agresión, disparando su arma (aun cuando en virtud del forcejeo con el multireferido agente de la autoridad, se desviaron los disparos al aire). Ya que es claro que en ese contexto permanece la antijurídica conducta agresora y el peligro que de ella se deriva. Pues si ésta ya produjo daño y se continúan realizando actos conducentes a la causación de otro u otros de igual naturaleza, o de mayor gravedad: Será indebido fraccionar o aislar los diversos actos de dicha conducta, para

425 Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1997, pp. 450 y ss.

426 Roxin, Claus, op. cit., pp. 219 y ss.

sostener que la agresión ha culminado, porque uno de los actos haya sido frustrado, si por las acciones del agresor todavía existe la inminencia de que se reiteren otros que puedan causar igual o mayor lesión de la que ya se produjo.”

### C. CONDICIONES PARA QUE LA DEFENSA SEA LEGÍTIMA

Si los presupuestos de la defensa legítima se constituyen por una injusta agresión, actual o inminente, a uno o más bienes jurídicos de una o más personas. Las condiciones para que se configure el instituto respecto a la conducta del agente que se defiende, se circunscriben esencialmente a tres: (1) que la defensa sea la “necesaria” y “adecuada” a la agresión –como derivaciones del principio de proporcionalidad–; (2) que la agresión no se provoque de manera suficiente e inmediata por el agredido o por quien aparente defenderlo, y (3) que exista racionalidad de la repulsión.

#### I. Necesidad de la defensa

1. En los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del CPDF y 60-II del CPC, se condiciona la legitimidad de la repulsión a “... siempre que exista necesidad de la defensa...”. Y también a que “...no medie provocación dolosa suficiente e inmediata... [del agredido o del tercero que lo defienda]”. Con la exigencia de la “necesidad” de la defensa, se alude a la que el agente emplee el medio menos dañino en lo posible, pero que permita repeler o impedir la lesión o su continuación. Por tanto, la defensa debe ser la imprescindible, en cuanto que en un juicio ex-ante se use el medio menos dañino posible, pero aún idóneo para impedir con el menor riesgo posible, la lesión o su continuación en perjuicio del bien que se defiende.

2. La exigencia del medio menos dañino se atempera cuando de nada valga hacer uso del medio menos lesivo dentro de varios que se tengan al alcance, si es que aquél es concretamente inidóneo para rechazar o impedir la injusta agresión o bien para hacerla cesar. De lo cual también se desprende que el agredido injustamente no tiene por qué soportar riesgos innecesarios. Claro que en muchos casos será indicado acudir primero a advertencias. Las que, tratándose de armas, pueden consistir en prevenir al agresor de que si persiste se usarán en su contra –aviso que puede ser implícito, como cuando el arma se muestra a quién ya representa una agresión inminente–. E incluso, tratándose de armas de fuego, el agredido puede disparar al aire como medio disuasor. O dirigir el disparo a las piernas del agresor.

Todo ello tiene que decidirse según las circunstancias, en la medida que ellas permitan emplear sin riesgos el medio alternativo menos lesivo posible, pero aún idóneo para repeler o impedir la agresión. Porque también puede suceder que aquel recurso de antemano sea ineficaz, o bien que en lugar de que impida o disminuya el riesgo, lo incremente o vuelva irremediable la lesión. De esta manera, ante la agresión tumultuaria en un lugar apartado, por unos pandilleros armados que ya lanzan golpes, y no intervenga algún tercero en ayuda, será contraindicado hacer un disparo de aviso. Como éste también sobraría, si es el caso que ya se ha herido injustamente con un puñal y el agresor esté por herir de nuevo.

Lo mismo puede decirse cuando el agresor sea muy superior en condiciones o destrezas físicas al agredido y ya le sujeté con fuerza y capacidad de herirlo gravemente o de matarlo, si es que el agredido echa mano del arma que porta en vez de usar los puños o su propia fuerza. Igual sucede cuando el agredido ya lesionado por un grupo de individuos que le ataca injustamente, se encuentre en el piso a consecuencia de los golpes y emplee una navaja que lleva consigo, hiriendo a quien en ese momento le lanza un puntapié.

3. El primer criterio rector de la defensa legítima reside pues en la “necesidad” del medio defensivo, en la medida que sea el menos lesivo disponible, pero aún eficaz para repeler o impedir sin mayores riesgos la agresión. Ya que de ningún modo la excluyente exige que el agredido o el tercero que lo defienda, asuman riesgos innecesarios. Y porque se trata de que prevalezca el derecho a defenderse o de defender a otro de una agresión injusta, y no el ataque sin derecho del agresor.

Más de igual manera, será innecesario golpear de inmediato con fuerza al borracho agresor, que ya padezca severa descoordinación impulsora, si para repelerlo basta un empujón. No sucede lo mismo cuando aun con aquella disfunción, el briago embista con tal furia que se precise de algo más que empujarlo, y menos todavía, cuando el ebrio aún conserve cierta coherencia motriz y acometa con ímpetu y de modo peligroso o incluso aún sin aquélla, todavía continúe arremetiendo con igual arrebatado y modo, a través de lances que sí puedan lesionar al agredido. Como de igual manera persiste la necesidad de emplear un medio más lesivo para la repulsión, cuando aun habiendo otro menos perjudicial –suficiente–, se tengan que tomar riesgos para alcanzarlo, que faciliten que se consuma la agresión injusta.

Tampoco obsta a la necesidad de la defensa, que el agredido pudiera salir huyendo para evitar la agresión. Pues la ley permite repeler la agresión como un derecho, y escapar de la agresión no es repelerla, y porque una exigencia así significaría negar el derecho del agredido a defenderse. Se trata pues que prevalezcan derechos y no que imperen actos injustos. Lo que sí es indicado es pedir ayuda, sólo si es presumible que terceros estén dispuestos a intervenir oportunamente, de tal manera que así pueda emplearse –sin mayores riesgos– un medio menos lesivo del que se usaría de no intervenir aquéllos. Como cuando el agredido tiene

una condición física muy inferior al agresor y aquél puede usar una pistola, pero también puede pedir la ayuda de amigos que se hallan cerca, que lo auxiliarán a rechazar la injusta agresión.

## II. Que la agresión no se provoque de manera dolosa, suficiente e inmediata

1. La condición de que la agresión “no se provoque dolosamente, de manera suficiente e inmediata”, elimina la referencia que antes hacía la ley a la previsión y evitabilidad de la agresión. Las que tantos problemas exegéticos presentaron. Dificultades que se zanjaron con la exigencia apuntada, que en el fondo alude a la falta de “necesidad” de la defensa. Pues es claro que quien provoca una agresión no tiene realmente necesidad de defenderse, como tampoco la tiene cuando con la misma actitud se enfrenta a la que provocó. Ese sujeto en el fondo quiere contender y ello ya se opone a la necesidad de defensa. Por ello, el CPF, el CPDF y el CPC exigen que el agente o quien sea defendido, no provoquen dolosamente la agresión de manera suficiente e inmediata. De lo contrario, no hay defensa legítima.

2. Debe evitarse confundir “provocación” con “previsión” de la agresión, también llamada incorrectamente “provocación imprudente”. Ésta sí podía ser motivo para excluir la defensa legítima de acuerdo con el texto anterior de la ley, que aludía a la previsión y evitabilidad de la agresión. Pero ahora la ley emplea el vocablo “provocación”. Y las palabras «provocación» e «imprudente» ya son antinómicas de por sí. La acción de “provocar dolosamente la agresión de manera suficiente e inmediata”, apareja la voluntad de enojar, al contrario, para que enseguida reaccione con una agresión. El Diccionario de la Lengua apunta que “provocar” significa “irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje”; “mover o incitar”; “hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella”.

Así, a través de dicha provocación, el provocado aparecerá como agresor, dando pretexto al provocador para que simule su defensa. Pero será insuficiente para excluir la defensa legítima cuando sea previsible que otro se enoje por la acción que se realiza, si no aparece que quien la efectúa tenga el fin de incitar una agresión. Tampoco habrá provocación “suficiente”, cuando sea nimio el motivo para la irritación, en comparación con la reacción. Igual estará ausente la “inmediatez” de la provocación, cuando medie un tiempo más o menos largo, desde que ella se realizó hasta cuando ocurrió la reacción. En todos esos eventos, a quien le era previsible la agresión que no provocó, o que la provocó de manera insuficiente, o que provocó suficientemente, pero desde mucho antes de la reacción, puede defenderse legítimamente de ésta.

3. Asimismo, los vocablos “actual o inminente” referidos a la agresión, se corresponden con los actos de “repelerla” o “impedirla”. Una agresión se impide cuando ya haya signos claros por parte del agresor de que atacará desde luego a quien se defiende o sea defendido por otro, por ejemplo, cuando el agresor saca una navaja y se encamina inequívocamente a lesionar al sujeto. Así como la repulsión debe ser contemporánea a la agresión que ya se realiza, o darse antes de que ésta cese. Si se deja de agredir, la defensa deja de ser necesaria. Faltará dicha contemporaneidad cuando sea claro que ya cesaron los actos lesivos del agresor y no haya riesgo de que los reanude. La acción del agredido que ocurra después, ya no será rechazo y es inamparable como defensa legítima, sin perjuicio del exceso.

Sin embargo, cabe enfatizar dos aspectos: por un lado, la defensa será legítima cuando la agresión ya lesionó, pero según las circunstancias, exista peligro de que aquella se reanude enseguida lesionando irremediabilmente al bien que se defiende. Caso en el que evitar la continuación de la agresión equivale a impedirla. Por el otro, si la acción extemporánea del agredido ya no puede lesionar al bien del agresor, porque la repulsa anterior ya lo dañó irreparablemente, el exceso del agredido es irrelevante para impedir la excluyente respecto al bien lesionado mediante la defensa, sencillamente porque el abuso en la defensa no causó más lesión que la ya ocasionada en defensa legítima. Por ejemplo, si muerto el agresor en defensa legítima, el agredido continúa realizando algunas acciones contra el cadáver de aquél.

La situación será diferente cuando el bien del agresor que terminó su ataque, aún sea susceptible de ser más dañado. Porque ante la cesación de la agresión, la defensa ya es innecesaria, aunque puede configurarse el exceso si no transcurre un tiempo más o menos largo. De lo contrario, se tratará de mera venganza ni siquiera amparable en la atenuante del exceso.

## III. Racionalidad de la defensa

1. Además de la necesidad de defenderse de una agresión sin derecho, actual o inminente, que no se provocó dolosamente y de manera suficiente e inmediata, es preciso que la defensa sea racional. Requisito que omite el artículo 29-IV del CPDF, pero que debe entenderse subyacente en la condición de que la defensa sea necesaria, porque será irracional toda repulsa que origine una desproporción aberrante entre la lesión que ella cause y la que representaba la agresión. De entenderse la necesidad de la defensa sin esa limitación, se llegará al absurdo de estimar actualizada la exigencia cuando el anciano dueño de una tienda, que se halla en silla de ruedas, dispare al niño cuando se roba un dulce del estante que se halla lejos, en tanto aquella acción sería la necesaria para impedir la antijurídica agresión.

2. Ahora bien, para decidir la “racionalidad” de la defensa no obsta que falte equivalencia o proporcionalidad estricta entre los medios del agresor y del agredido o entre los bienes jurídicos afectados.

Ello es así, porque con la expresión legal “racionalidad” de los medios empleados del CPF, se evita echar mano del criterio de equivalencia entre los “medios utilizados”, que no siempre es adecuado para resolver la defensa legítima. El rechazo a un criterio que exija equivalencia entre los medios defensivos y los empleados por el agresor, como pauta para decidir la legitimidad de la defensa, se manifiesta en los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF, respecto de la calificativa de ventaja no sólo en lesiones y homicidio, sino también respecto de los demás delitos del Título Decimoctavo del CPF (amenazas, allanamiento de morada, asalto, aborto, abandono de personas y violencia familiar).

Como puede observarse, según dichos numerales la ventaja no se tomará como calificativa, “...si el que obra en defensa legítima tiene superioridad física frente al ofendido, o por las armas que emplee o la mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de defensores, o cuando se valga de un medio que debilite la agresión”. Lo cual también es aplicable al CPDF respecto al delito de violencia familiar, porque su tipo penal involucra conductas lesivas a la salud personal de los integrantes de la familia. Por ello, y según los artículos 317 del CPF y 138 del CPDF, el derecho a repeler las agresiones de familiares en cualquiera de las modalidades del tipo penal de violencia familiar se admite a tal grado, que la misma ley acepta la desproporción de los medios empleados en la defensa.<sup>427</sup>

3. Con base en ello, para decidir la “racionalidad” de la defensa no se atiende a la proporcionalidad entre los medios en sí, sino a que la lesividad originada por esos medios defensivos no devenga en desproporción intolerable frente a la lesividad que representaba la agresión. De allí que lo concluyente tampoco sea un valor equivalente de los bienes en conflicto, o de mayor valor el que se salvaguarda, como en el estado de necesidad, donde la conducta es lícita cuando con ella se suprime un bien, para salvar otro de mayor valor, o tal conducta se disculpa si los bienes son de igual valía. En la defensa legítima, la ley no hace esas sujeciones y la ponderación se rige por la racionalidad de la defensa, en tanto la lesión que origine no constituya disparidad absurda con la lesividad que implicaba la agresión.

Luego, la defensa será racional, aunque sus medios sean disímiles o falte proporción estricta entre las lesividades de los bienes jurídicos en conflicto, en la medida que aquella desigualdad lesiva no sea aberrante en el caso concreto. Por ello, la defensa puede ser racional aun cuando con la repulsión se lesionen bienes jurídicos de igual o mayor valor que el bien que se defiende. Es decir, será lícito lesionar el bien de mayor valor de quien agrede injustamente, a mor de defender uno de igual o menor valor, salvo que la lesividad del rechazo sea absurdamente desproporcional frente a la que representaba la agresión.

Cuando se lesiona un bien de mayor valor que el salvaguardado, la defensa aún será racional cuando la agresión injusta al bien, proyecte peligro para otros bienes o apareje el peligro de una lesión personal que luego sea imposible reparar. Luego, así como es “innecesario” rechazar o impedir una agresión injusta con cierto medio lesivo, si se tiene al alcance otro menos perjudicial para repeler sin riesgo el ataque; también la defensa será “irracional”, cuando sea aberrante la desproporción de la lesividad originada por la repulsa frente a la impedida por ésta. En tales casos el agente no amolda su comportamiento a la defensa legítima, porque su ejercicio implicaba, a la vez, ajustar su reacción defensiva a la medida “necesaria” y “racional” para rechazar o impedir la lesión que implicaba el acto de agresión.

De esa manera, será irracional –por desproporción aberrante entre las lesividades–, matar a quién intente robar, si el ladrón no realiza alguna acción peligrosa para la vida. De consumarse el robo, también será irracional matar a quién huye desarmado con la cosa robada. A menos que el ladrón realice con un arma alguna acción peligrosa para la vida. Cuando se mata al que copula o intenta yacer mediante violencia y sin consentimiento de la víctima, el interés no solo descansa en salvaguardar la libertad sexual del agredido frente a la vida del agresor, pues éste igual agrede la integridad física y/o psicológica de la víctima, además de que ataca su dignidad e incluso pone en peligro –concreto o potencial– su vida.

3) Así pues, el quid de la “necesidad racional” de la defensa radica en que la repulsión sea la menos lesiva posible y aún adecuada para rechazar o impedir –sin mayores riesgos– la agresión, siempre y cuando aquélla no genere una asimetría absurda entre la lesión que ocasiona y la que representaba el ataque injusto, según las circunstancias del caso.

La ley no exige así una proporcionalidad estricta entre los medios empleados por el agresor y los usados por el repulsor, como tampoco entre las respectivas lesividades. Mas la exigencia de racionalidad sí demanda –en palabras de Zaffaroni– “...que haya ausencia de desproporción aberrante...entre la conducta del agresor y la de defensa según sus respectivas lesividades”.<sup>428</sup> Por lo tanto, la defensa, además de ser la indispensable (“necesaria”), en cuanto que en un juicio ex-ante se elija el medio menos dañino posible, aunque aún eficaz en impedir con los menores riesgos la lesión al bien jurídico que se defiende, debe por igual evitar una desigualdad insensata entre las lesividades en juego a efecto de que sea “racional”.

Lo dicho hasta aquí también es válido respecto a los “offendicula” (medios físicos de defensa dispuestos de antemano), pues su empleo será racional, cuando no haya una disparidad tosca entre el valor del bien jurídico que se protege y el que se lesiona con el dispositivo. La defensa será irracional cuando esos medios defensivos sean de tal naturaleza lesiva que se dé una

---

427 Lo cual a su vez excluye el argumento de que cuando medie una relación jurídica de protección recíproca, debería ser más estricto el criterio de la racionalidad de los medios, porque entre los familiares cabría esperar solidaridad. Pues ese deber de solidaridad precisamente ya falta cuando el agresor emplea reiteradamente la violencia física o moral en contra del familiar.

428 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 587.

desproporción absurda entre el bien que se defiende y el que se afecta o intenta lesionar con el offendicula, al igual que cuando sea posible disponer de uno menos lesivo. Dice Zaffaroni:

“La bomba en la caja de seguridad no estará justificada, pues bien puede colocarse una alarma. La defensa de las gallinas y flores a través de electrificación (de voltaje suficiente para lesionar) en las cercas, también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que tampoco hay defensa legítima”.<sup>429</sup>

Resta la cuestión de la defensa legítima contra la extorsión. ¿Será posible repelerla, cuando lo que cabe es denunciarla? La respuesta es sí, pero con restricciones. En efecto, si lo que se amenaza no es sólo el patrimonio de quien es objeto del chantaje, sino otros bienes que se afectarán de no cumplirse las demandas del extorsionador, y salvo cuando el agredido trate de ocultar las pruebas de un delito en poder del extorsionador, siguiendo a Roxin cabe admitir, por ejemplo, el allanamiento, daños a la propiedad y en su caso, el robo o destrucción de evidencias comprometedoras, pero debe excluirse la violencia que lesione o mate al chantajista, salvo que éste se oponga mediante actos que hagan racionalmente necesario aquel proceder.<sup>430</sup>

#### D. DEFENSA LEGÍTIMA PRIVILEGIADA

El artículo 15-II-párrafo-segundo del CPF, dispone:

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

A su vez, el artículo 29-IV-párrafo-segundo del CPDF, establece:

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados, en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Por último, el artículo 56 de la Iniciativa preceptúa:

“Se considerará que obra en defensa legítima privilegiada, quien cause daño a un extraño, siempre y cuando éste realice una conducta, o emplee un medio físico o porte un arma, que involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien causa el daño o para terceras personas presentes o que se hallen en el lugar, luego de que el extraño penetre o cuando intente penetrar, sin causa lícita, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, su familia o cualquier otra persona respecto de la que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios, o ajenos respecto de los que tenga la obligación de resguardar.”

“Lo previsto en el párrafo precedente también será aplicable a favor de quien sorprenda a un extraño o éste lo sorprenda dentro de uno de los lugares mencionados en dicho párrafo, siempre y cuando no haya causa lícita por la que el extraño se encuentre en esos lugares, y la conducta que realice el extraño o el instrumento o arma que porte, involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien sorprende o es sorprendido, o para cualquiera de las personas señaladas en el párrafo anterior, que se encuentren presentes o que se hallen en el lugar.”

1. Las diferencias de esos códigos ante la defensa legítima privilegiada que se propone en el proyecto, saltan a la vista: a) Mientras el CPF y el CPDF aluden a una presunción que admite prueba en contrario, el Proyecto no hace tal salvedad. b) El Proyecto permite causar un daño al intruso ilegítimo, siempre y cuando éste realice una conducta, o emplee un medio físico o porte un arma, que involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien causa el daño o para terceras personas presentes o que se hallen en el lugar; mientras que el CPF y el CPDF no atan a esas condiciones a la defensa legítima privilegiada.<sup>431</sup>

2. Así las cosas, el texto de los artículos 15-IV-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF no deja lugar a duda: la defensa privilegiada admite prueba en contrario y, además, rezan, “se presumirá como defensa legítima...”. Es decir,

429 Idem, op. cit., Derecho Penal, Parte General, p. 587.

430 Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General...* op. cit., p. 665.

431 De tal suerte que interpretado en sentido contrario el artículo 56 de la Iniciativa, la defensa privilegiada quedaría sin efecto, si llega a existir desproporción aberrante entre las diversas lesividades, en los casos donde los medios con los que el extraño intente penetrar no impliquen un peligro personal o esta probabilidad no se revele por las circunstancias mismas en las que adentro se sorprende al extraño o este sorprende a quien se defiende.



«como» si fuera, pero sin que necesariamente lo sea. En Argentina y en México la doctrina discute la validez de la presunción *juris tantum* de la llamada defensa privilegiada (tal como la regulan los artículos 15-IV-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF), mismos que en realidad aparejan un mensaje normativo equívoco acerca de la índole privilegiada de la defensa regulada en ellos, porque, de todos modos, la misma será ilegítima si se prueba que fue innecesaria o irracional.

3. En realidad la única ventaja que presenta el Proyecto frente al CPF y el CPDF, respecto a quien obre en una situación de defensa privilegiada, es de índole probatoria, porque se le exige de demostrar que empleó el medio menos lesivo posible y aún adecuado para repeler al extraño que sin derecho trataba de penetrar o penetró al hogar o a sus dependencias o donde fue sorprendido, pero aun así, no queda excluida la “racionalidad” como requisito de la defensa privilegiada, porque esta no se actualizará cuando hubiese disparidad aberrante entre la lesividad que implicaba agresión del intruso y la lesividad del rechazo.

Máxime que el mismo intruso agresor, debe “realizar una conducta, o emplear un medio físico o portar un arma, que involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien causa el daño o para terceras personas presentes o que se hallen en el lugar”. De tal suerte que el artículo 56 de la Iniciativa en realidad instituye supuestos especiales de defensa legítima, pero no injustificadas presunciones *juris tantum* de esa defensa.

#### D. ESTADO DE NECESIDAD

##### I. Estados de necesidad justificante e inculpable

1. El Proyecto distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante. Las fracciones III y IV del artículo 55 de la Iniciativa prevén al estado de necesidad como causa de licitud o justificante:

##### III. “(Estado de necesidad legítimo o justificante)”

“Cuando sea necesario salvaguardar a un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor valor ponderativo que el que salvaguarda, siempre y cuando el peligro no sea evitable por otros medios menos lesivos o no lesivos, salvo cuando el agente tenga el deber jurídico de afrontar el peligro respecto a los bienes que le fueron encargados para cumplir su deber.”

“Para determinar la existencia del peligro actual, se atenderá a si éste era identificable como tal según los datos concurrentes al realizar la conducta, sin perjuicio, en su caso, de los conocimientos especiales del agente sobre la realidad del peligro.”

“Más cuando se trate de inminencia del peligro y la demora no implique que el mismo se convierta en inminencia de lesión, ni que se produzca ésta, y la existencia del peligro o su tratamiento requiera de conocimientos de peritos, el agente que no lo sea, o que siéndolo requiera de peritación previa, deberá abstenerse hasta contar en lo posible con la opinión de al menos un experto o con los resultados de la peritación, a efecto de proceder conforme a los mismos.”

“Para ponderar la valía o prioridad de los bienes jurídicos, y de los derechos y deberes vinculados con aquéllos, se atenderá a la calidad de los mismos y a la manera en que se protegen en los tipos penales y en otras leyes o normas constitucionales y convencionales, y en caso de duda, o de que aquellos baremos sean insuficientes, se atenderá, además, a las condiciones concretas de los titulares de los bienes, frente a su respectiva lesión y salvaguarda.”

##### IV. “(Estado de necesidad coactivo, legítimo o justificante)”

“Cuando el agente se someta a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor provocado por la amenaza de uno o más sujetos, que se funde en un mal, ya sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta, de que se lesionará un bien jurídico propio o ajeno de menor valor ponderativo al que lesionará, de no allanarse”.

A su vez, las fracciones II y III del artículo 61 del mismo Proyecto, disponen que la conducta será inculpable:

##### II. “(Estado de necesidad disculpante)”

“Cuando el agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no ocasionado dolosamente por aquél, lesionando otro bien de igual valor ponderativo que el que salvaguarda, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios menos lesivos o no lesivos que se tengan al alcance”.

“Para determinar la actualidad del peligro o la inminencia del mismo, así como para ponderar la valía de los bienes jurídicos, se estará a lo previsto al respecto en el estado de necesidad legítimo.”

##### III. “(Estado de necesidad coactivo, disculpante)”

“Cuando la persona se someta a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor infundido por otra, de un mal grave, actual o inminente, de realización razonablemente cierta, de que se lesionará un bien propio o ajeno de igual valor ponderativo al que lesiona, de no someterse.”

“El supuesto del párrafo precedente será causa de licitud o justificación, cuando la persona salve un bien jurídico de mayor valor ponderativo que el que lesiona.”

“Para ponderar la valía de los bienes se estará a lo previsto al respecto en el estado de necesidad legítimo o justificante”.

2. Los artículos 15-V CPF y 29-V del CPDF no hacen una distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad inculpa, englobándolos en una misma causal, en tanto ellos disponen que se excluye el delito, cuando:

“Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente [sujeto –dice el CPDF–], lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.”

3. El estado de necesidad y la defensa legítima coinciden en la necesidad de lesionar un bien para salvar otro. Más en tanto la defensa legítima permite una desproporcionalidad no absurda entre la lesividad del repulsor y la que representaba la agresión. En el estado de necesidad es decisiva la proporcionalidad estricta en la valía de los bienes en conflicto, según la ponderación global de las lesividades que se evitan y originan.

a) La conducta se justifica cuando la valía del bien lesionado es menor que la del salvaguardado. b) Mas la conducta se disculpa cuando la ponderación de los bienes es de igual valor. Ello lleva a que no quepa justificar el homicidio en estado de necesidad, sino disculparlo. Entre las vidas humanas no hay jerarquías, para el Derecho todas tienen igual valor.

De igual modo –Roxin observa– “...en el estado de necesidad...se unen el principio de autoprotección y el de ponderación de bienes [derivado, a su vez, del principio de proporcionalidad del artículo 22 C.], pues el principio de prevalencia del Derecho no tiene sentido si falta un agresor personal”.<sup>432</sup> Sin embargo, el peligro para el bien jurídico tan puede provenir de la naturaleza, como de una conducta humana. De aquí que deba sostenerse el estado de necesidad justificante cuando se es coaccionado para lesionar un bien jurídico de menor valor que el que se salva en virtud de esa coacción (estado de necesidad coactivo de índole justificante). Y sólo cuando esa coacción lleve al sometido a lesionar un bien jurídico de igual valor que el que se salva, podrá invocarse un estado de necesidad inculpa.

## II. Requisitos del estado de necesidad

De acuerdo con los artículos 15-V CPF, 29-V del CPDF y 55-III-IV y 61-II-III de la Iniciativa, para que opere el estado de necesidad como excluyente de delito es preciso que se salve a un bien jurídico de un peligro actual o inminente, lesionando otro bien de menor o igual valía, siempre y cuando el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente, éste no tenga el deber de afrontarlo y dicho peligro no sea evitable por otros medios. No obstante, la aparente claridad de las condiciones del estado de necesidad, es preciso hacer acotaciones:

## III. Bienes jurídicos susceptibles de ser salvados y lesionados en estado de necesidad

El bien jurídico no tiene por qué pertenecer a la persona que actúa en estado de necesidad, como tampoco es preciso que aquel bien esté protegido penalmente. En el primer contexto Roxin aduce que es posible salvaguardar la administración de justicia cuando enterada la parte de la parcialidad del juez, para probarla no haya otro medio que usar una grabadora que registre la postura del juez ante el interlocutor, quien se la manifiesta en privado y sin que conozca de la grabación.<sup>433</sup> Postura que también conlleva a examinar la validez o nulidad de dicha prueba según se obtenga conforme o contra Derecho. Sin embargo, la prueba será válida cuando se obtenga en virtud de un estado de necesidad que como causa de licitud es conforme a Derecho.

Lo anterior también apareja que la validez de la prueba obtenida dependerá de la medida en que el funcionario de la procuración de justicia o el particular no hayan podido hacer frente de otro modo al problema de la prueba respecto a la acción ilícita o del delito de que se trate, a efecto de hacer viable la procuración de justicia o su correcta impartición –con la condición de la insoslayable ponderación de la menor valía del bien o bienes jurídicos que se lesionen con la obtención del medio de prueba, frente a la valía de los bienes jurídicos que se salvaguardan–.

## IV. Naturaleza del peligro

432 Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, José Luis De Palma Editor, 2ª edición, 2ª reimpression, 2006, p. 80.

433 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...* op. cit., p. 675.

1) El peligro puede ser oriundo de la naturaleza, de accidentes, de disturbios o del obrar de una persona. Por lo que un suceso que imposibilite controlar el peligro, también diferencia al estado de necesidad de la defensa legítima. Así, por ejemplo, el peligro de una inundación que motive lesionar ciertos bienes para salvar otros más valiosos. O bien, el peligro puede originarse por la coacción, la cual también puede conducir a un estado de necesidad justificante coactivo. Por ejemplo, el sujeto roba por la amenaza de que, si no lo hace, se le matará o se matará a otro. Sin que el coaccionante que determine a la lesión, pueda ampararse en el estado de necesidad, pues es él quien provoca el peligro mediante la coacción ejercida por él.

2) De ahí también se sigue que no quepa tratar como causa de inculpabilidad cualquier caso de temor fundado. La conducta enmarcará en un estado de necesidad justificante, cuando someterse a la coacción implique salvar un bien de mayor valor que el que se lesiona en virtud de aquélla. En un caso análogo, Zaffaroni rechaza que haya un estado de necesidad siquiera inculpable y menos lícito, cuando en vez de acceder a las pretensiones de unos terroristas, de liberar a un preso por un delito grave, a cambio de salvar a rehenes tomados por los extremistas, se aduce como bien de mayor valía la supremacía de la voluntad estatal sobre la vida y los bienes de las personas: "...con ello se pretende argumentar que tratándose de presos por delitos graves, la muerte de los rehenes sería un mal equivalente a su liberación".<sup>434</sup>

Empero, aunque es cierto que no acceder a la petición de los terroristas no configura estado de necesidad alguno, pues ante la vida del ser humano no puede competir la voluntad del estado (no expresada en ley). Cabe disentir que, por no acceder a las demandas de los extremistas, a los servidores públicos debería imputárseles el homicidio de los rehenes, por incumplir aquéllos con su deber de evitar la muerte de éstos. Pues fueron los extremistas quienes arbitrariamente hicieron depender de una acción ajena la causa de la muerte de los secuestrados, pero sin que la omisión de la acción demandada por aquéllos pudiera dominar el hecho, determinando la muerte de los presos, pues la decisión última respecto de la suerte de éstos incumbió a los terroristas, al matarlos.

No se trata pues de que la omisión de la acción debida dominó el hecho. Pues en el caso sucede lo contrario, al no imputarse el resultado como elemento del tipo de homicidio, simplemente porque éste no puede atribuirse a la omisión de la acción que sería debida por la autoridad, cuando no es así, en tanto el resultado ocurrió por causas posteriores a la omisión, que operaron por sí para producirlo. De tal suerte que tan es sobrado cuestionarse si hay o no un estado de necesidad, como también lo es sostener que hubo omisión penalmente relevante, es decir, que existió la violación de un deber de actuar, cuyo acato habría evitado el resultado, cuando éste se dio por causas ulteriores no sujetas al dominio de quien omitió sino de quienes sí produjeron la muerte de los secuestrados.

#### V. Carácter actual o inminente del peligro de lesión para el bien jurídico y valoración del peligro

1) El peligro para el bien que se pretenda salvar puede ser actual o inminente. Y respecto a este último son inválidas las pautas de la defensa legítima. El estado de necesidad exige la "inminencia del peligro", pero no la "inmediatez del resultado", esto es, no requiere que acontezca prontamente la lesión al bien a salvaguardar. Como si sucede con la agresión "inminente", según apunta la exégesis de tal locución respecto a la defensa legítima. Así, en ésta debe existir inminencia de la agresión que desde luego lesionará al bien: en tanto en el estado de necesidad la ley exige la inminencia del peligro, pero no de la lesión. La ley no requiere pues la prontitud de la lesión, sino la inminencia de que pueda darse el peligro de una lesión que puede demorarse, y a cuya merced se halle el bien jurídico que se pretenda salvar.

2) La distinción entre inminencia de la agresión que enseguida lesionará y la inminencia del peligro de una que puede diferirse, amplía el ámbito temporal del estado de necesidad a extremos que son inadmisibles en la defensa legítima. De ahí en parte, que en el estado de necesidad se exija la proporción en el valor de los bienes jurídicos: donde la conducta es lícita cuando suprime un bien que salva otro de mayor valor; o bien se disculpa, si los bienes son de igual valía. El peligro para el bien a salvar puede estar presente (actual), o estar por darse (inminente). Así, el peligro será actual, cuando una presa está por desbordarse, pero el peligro será inminente, cuando éste aún no ocurre, pero existan datos que permiten afirmar que el derrame se presentará más adelante, los que impelen a hacerle frente desde luego.

En el aborto terapéutico, el riesgo de perder la vida será actual a partir de complicaciones severas durante el embarazo o en el parto, pero la intervención desde antes de esas complicaciones será lícita, cuando ella evite o disminuya dichos riesgos para la madre, ya no manejables si la demora apareja que aquéllos se actualicen. También será inminente –y no actual– el peligro que tenga continuidad, debido a la reiteración del riesgo: como las inundaciones periódicas. La realidad del peligro debe valorarse ex-ante, de acuerdo con los datos concurrentes al momento en el que el agente realiza la acción lesiva del bien que salva al de mayor o igual valor. Más en tales casos se discute ¿con base en qué criterio deben apreciarse las circunstancias concurrentes para sostener la fuente del peligro y la realidad del mismo?

3) Así, se discute si el baremo reside en el discernimiento de la persona media, ajustado al conocimiento especial del agente sobre la situación de peligro, o como sostiene Jakobs "...conforme al discernimiento de un experto, según la clase de peligro de que se trate".<sup>435</sup> Empero, Jakobs desatiende que en el peligro "actual", la demora puede deparar lesiones irremediables. Por lo que el juicio debe hacerse al momento de la conducta, para decidir si una persona media hubiera identificado el peligro según los datos concurrentes, atemperado en su caso, por los conocimientos especiales del agente. Ya que de subir en cualquier evento la

exigencia a parámetros muy altos para evitar daños, se punirá al agente que no se halle a la altura, y porque abstenerse tiene el costo de que sobrevenga el mal mayor cuyo evitamiento es deseable.

4) Pero igual cabe pensar en los casos de “inminencia del peligro”, donde la demora no implique que aquélla se convierta en inminencia de lesión, ni de que se produzca ésta: en cuyo caso el agente deberá abstenerse hasta contar en lo posible con una opinión experta. Por ejemplo, cuando la dilación no apareje que la persona corra peligro de morir o de que se agrave seriamente su salud. Los casos donde la valoración ex-ante (al momento de la conducta y según los parámetros ya dichos) permita negar el peligro o su inminencia, aparejarán falta del estado de necesidad, sin perjuicio de que haya yerro en uno de esos extremos, que deberá tratarse como error de prohibición que afecta a la culpabilidad.

5) Cuando según la persona media quepa pensar que hay peligro “actual” de que alguien muera por los síntomas que presenta, si desde luego no se le traslada a un hospital, será lícito, por ejemplo, sacarla del reclusorio sin autorización del juez, si no hay médico al alcance, o utilizar un carro ajeno sin consentimiento de quien pueda darlo, si no hay otro disponible y la demora de buscar al dueño o de pedir auxilio, pueda ocasionar un agravamiento o la muerte. También será justificado trasladar a un herido en un vehículo a una velocidad mayor a la permitida, pero sin que la celeridad sea tal que ponga en peligro la vida de los ocupantes del vehículo o la de terceros. Como tampoco será admisible no respetar los semáforos o altos de tal modo, que sólo por casualidad pueda evitarse un choque o atropellar a alguien.

Sin desatender que en los casos de peligro “actual” lo que importa es evitar la demora con el cuidado debido de no propiciar riesgos mayores y toda vez que no se tienen al alcance los medios para proveer la asistencia profesional oportuna. Por ejemplo, el accidente con politraumatismo ocurre en zona rural sin comunicación telefónica. Porque de sobrevenir en una zona urbana donde se disponga del servicio de ambulancia y pueda ser pedida, solo se justificarán medios lesivos para trasladar antes al herido, si es de conocimiento público que en ese lugar es común la tardanza del servicio de emergencias en ambulancia. A menos que el agente no sea del lugar, caso en que será válida la experiencia común, bien sea de las personas que estén en el lugar o en su defecto la de aquél. Lo cual lleva al punto siguiente.

#### V. Inevitabilidad del peligro por otros medios (no lesivos o menos lesivos)

1) No habrá estado de necesidad cuando se lesione a pesar de que está al alcance un medio alternativo menos lesivo. Si para entrar a una casa donde se halla un infante en peligro de caer en la piscina se fracturan puertas, cuando estaban sin cerrojo y se hubiera podido entrar sin dificultad y con mayor rapidez, la acción que causó los daños no podrá ampararse en un estado de necesidad lícito, sin perjuicio de que haya habido error de prohibición invencible que excluya la culpabilidad, o si aquél fue vencible, atenúe la misma. Como tampoco podrá justificarse la disposición del dinero ajeno para evitar una quiebra de la empresa debido a múltiples deudas contraídas por ella, ya que para sortear tal problema existen los procedimientos legales de suspensión de pagos.

2) Ahora bien, a veces la ley fija condiciones para lesionar ciertos bienes. Y se discute si será necesario cumplirlas. Ello no será así, cuando la ley disponga condiciones formales en atención a bienes jurídicos de menor valía, frente a los que se salvan de un peligro “actual”. Por ejemplo, Roxin aduce el estado de necesidad cuando se incumple con pedir el consentimiento de los deudos para la disposición de un órgano del cadáver que salvará la vida de un paciente en peligro actual de morir, porque, de todos modos, debido a la preponderancia de los bienes, esa situación debe ser resuelta en favor de la disposición.<sup>436</sup> La dilación implica que el estado de necesidad quede sin materia, por la pérdida del bien con mayor valor.

Con tal orientación cabe sostener lo mismo en casos de muerte cerebral. Ya que en el artículo 344 de la Ley General de Salud (LGS) se establece que hay muerte encefálica cuando se satisfagan todas las condiciones instituidas en ese precepto y el 343. No obstante, el artículo 345 de la LGS permite la disposición de los órganos del cadáver para el trasplante, siempre que exista el consentimiento de los deudos (disponentes secundarios) o en vida no se haya revocado el tácito por el titular. Y en tal contexto se plantea ¿si es ilícito realizar un trasplante urgente, sin el consentimiento de tales disponentes? ¿Y, por tanto, si la disposición del órgano en esas condiciones concretaría el delito del artículo 462 de la LGS, consistente en “ilícitamente obtener o utilizar órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos”?

La respuesta debe ser negativa a las dos interrogantes, cuando se trate de un trasplante con el que quepa esperar que salve la vida de un paciente en peligro actual de morir, debido a la preponderancia de la vida humana del receptor. Y es que en esos casos debe primar la condición legal que la conducta de disponer del órgano del cadáver se justifica, porque no se tiene un medio alternativo menos lesivo y que de no emplearse aquél, ocurrirá la lesión al bien de mayor valor que se salva.

3) La situación no parece distinta cuando sin consentimiento de los disponentes secundarios se dispone del órgano de un cadáver, para un trasplante que evite la pérdida de una función orgánica. Como sucede con las córneas. Por último, el estado de

435 Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997, p. 500.

436 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., p. 681.

necesidad también subsiste como causa de licitud, cuando haya varias alternativas igualmente idóneas para salvar el bien de mayor valor, como sucede cuando para pedir una ambulancia, A irrumpe en la morada de B, cuando podía hacer lo mismo en la casa de C que está enseguida. No habrá causa de licitud sólo cuando antes de la irrupción en casa de B, C ya hubiera puesto su teléfono a disposición de A, ya que en el primer caso falta la base para sostener que el diverso medio igualmente idóneo hubiese sido menos perjudicial.

### C. VALOR DE LOS BIENES EN CONFLICTO

#### I. Premisas

1. Para decidir cuál es el bien jurídico de más valía con frecuencia es insuficiente ponderar en abstracto los bienes en conflicto. Podrá afirmarse que la vida humana es preponderante frente a cualquier otro bien jurídico y eso es cierto. Pero no resulta tan claro que la salud sea siempre de mayor valor que otros bienes, digamos los de libertad y de autodeterminación, los que por otro lado a veces se les sacraliza, desatendiendo ciertas pautas legales que modulan esa exaltación de los derechos de la personalidad. Además, ello puede depender de la gravedad de la lesión al bien, en el caso particular. Por ello, no sólo ha de acudir a una jerarquización abstracta de los bienes jurídicos para decidir cuál es el de mayor valor, sino que tendrá que acudir a la llamada “ponderación global de los bienes jurídicos en conflicto”<sup>437</sup>

2. La “ponderación global de los bienes jurídicos en conflicto” se realiza con base en criterios objetivos –de índole jurídica– más individualizados, según las circunstancias concurrentes al momento de la conducta, para decidir cuál es el bien preponderante. Esos criterios tienen un valor relativo, en la medida que éste depende de cada situación concreta. Pero ello no quiere decir que la valoración pueda tener un carácter arbitrario, ni que sea suficiente la mera motivación del juez para decidir el peso valorativo de los bienes, sino que también será preciso un raciocinio que tenga asidero jurídico, en el sentido de que el criterio de evaluación que se asuma «encuentre apoyo en pautas jurídicas deducidas de las valoraciones de la ley». Con base en ello, se aducen como modelos de ponderación los siguientes:

#### II. Ponderación de bienes jurídicos según ciertas condiciones de afectación

1. La ponderación de bienes según ciertas condiciones de afectación, se deriva de la comparación de las penas legales según el o los bienes afectados y las circunstancias típicas de la afectación. Así, en el primer aspecto, no es lo mismo un robo de cien pesos que uno de un millón de pesos. Y aunque pareciera que la salud personal es más importante que el patrimonio, el robo con intimidación (aun sin daño a la salud) es penado más severamente que las lesiones levisimas y las leves. Como también es incuestionable que en la ley se pune de modo más severo al homicidio doloso, que a la –discutiblemente– profanación de cadáveres respecto al ejemplo arriba apuntado, de salvar una vida mediante la disposición de órganos del difunto sin dispensa de los disponentes secundarios.

Así pues, aunque es claro que la pena legal puede ayudar a saber qué bienes son preponderantes, es igualmente nítido que aquella punibilidad legal depende tanto o más de ciertas condiciones típicas de afectación al bien, que la mera ponderación abstracta del bien. E incluso, porque a veces la misma referencia comparativa de las penas legales resulta inadecuada, debido a que uno de los puntos a confrontar no sea comparable, simplemente porque en él no reside la lesión que se evita o que se ocasiona para salvaguardar al bien. El caso de la disposición de órganos del cadáver sin consentimiento de los disponentes para un trasplante terapéutico que evite la pérdida de una función orgánica, como, por ejemplo, las córneas para la vista: difícilmente podrá plantearse como la acción de profanar un cadáver, en el sentido de denostar o mostrar desprecio a la memoria del difunto.

Por lo que el punto de referencia para la comparación no es aquel delito, sino el del artículo 462 de la LGS, consistente en: “ilícitamente obtener, utilizar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, de seres humanos”. Cuya lesión en el caso, residirá en la falta del consentimiento de los disponentes secundarios para el trasplante. Empero, frente a esa lesión se erige la que se hubiera dado por la pérdida del órgano o de su función (del receptor del órgano del cadáver), afectación que en los códigos penales se sanciona con penas más severas que la prevista en el artículo 462 de la LGS. Además, frente al derecho de los deudos de dar o negar su consentimiento para la disposición de los órganos del cadáver del pariente, se halla el derecho a la protección a la salud que garantiza el párrafo cuarto del artículo C.

De lo cual se obtiene el mayor peso valorativo del bien de la salud sobre el de los derechos de personalidad del difunto representados por los deudos. Lo cual reafirma la inaplicabilidad del artículo 462 de la LGS: ya que la conducta que se cuestiona no se subsume en el tipo penal de ese numeral, pues aquella será “lícita” en virtud del estado de necesidad.

---

437 El principio de ponderación de bienes parte del subprincipio de proporcionalidad estricta del principio de proporcionalidad del artículo 22 C.: que sopesa entre los bienes y males que puedan derivarse, a efecto de determinar si se mantuvo un equilibrio óptimo entre la satisfacción valorativa que reporta la salvaguarda del bien y el costo de igual índole que conllevo el sacrificio del otro, complementando ese criterio de evaluación con el filtro adicional del peso abstracto de los bienes en conflicto en el ámbito constitucional y legal y la situación particular de los titulares de los bienes en conflicto

b) La medida también es posible según otros parámetros que, por analogía, se obtienen de los adoptados en los artículos 51 y 52 del CPF, 71 y 72 del CPDF, y 91 a 93 de la Iniciativa, para individualizar la pena de prisión. Tan para ponderar la gravedad o trascendencia del peligro o de la lesión, como una de las pautas para ponderar la valía global de los bienes en conflicto; como para aqilatar la proximidad del peligro o de la lesión, así como las circunstancias personales en que se hallen los titulares de los bienes.

De aquí que las pautas restantes puedan ser:

### III. Ponderación de la gravedad o trascendencia de la lesión o peligro

La libertad en abstracto, sin duda es más valiosa que el patrimonio. Más si alguien es encerrado por unos minutos junto con un millón de pesos que unos ladrones armados están por robar, evitando el apoderamiento del dinero ajeno y asegurando la integridad física del confinado, ante la inminencia de un peligro de su afectación, es preponderante proteger esos bienes, que la privación de la libertad apenas significativa del propio recluso sin su anuencia. A veces la ley pune al agente de daños o de lesiones por culpa, cuando el mismo se va del lugar antes de que llegue la autoridad. Pero si aquél deja una nota con su identidad y domicilio y no espera, porque de hacerlo perderá un contrato que le originará un grave perjuicio, estará justificado su proceder.

Esa conclusión se refuerza cuando es pasajera la dificultad de la autoridad para verificar los datos y asegurar se indemnice a la víctima. Resarcimiento que de otro modo no se habría logrado del todo, ante la quiebra o el severo quebranto del agente. También puede ser que los bienes en conflicto sean de igual calidad y, sin embargo, la gravedad lesiva sea menor respecto a un titular que en el otro. Estará justificado privar a alguien de unas aspirinas que va a tomar para aliviar su dolor de cabeza, y dárselas a quien presenta síntomas de infarto, evitándole lesiones más graves. Pues, aunque en ambos casos se trata de una afectación a la salud, el daño que frena la conducta justificada es mucho más grave que el que no evita.

### IV. Grado de proximidad del peligro o lesión que se evita o puede evitarse

Bien observa Zaffaroni que una lesión muy próxima e inevitable de otro modo "...constituye un mal mayor que el riesgo lejano de un mal de igual o mayor entidad: el médico que observando que no vienen vehículos en sentido contrario, corta una curva para llegar al hospital con un enfermo en estado desesperante, actúa en estado de necesidad".<sup>438</sup> Y, por el contrario, no habrá un estado de necesidad, si el mal más próximo que se evita, es mucho menor que el menos cercano mucho más grave. Así Zaffaroni apunta: "...la violación del deber de cuidado en la conservación de una fuente de energía nuclear no puede justificarse por la necesidad de evitar una herida". Lo cual conduce al autor argentino a señalar que en materia de estados de necesidad que justifican tipicidades culposas, "cuando mayor sea el peligro de lesión para un tercero, tanto más restringido será el permiso con que cuenta el autor".<sup>439</sup>

### V. Valoración de las circunstancias de los titulares

En la pauta de las circunstancias personales, no sólo influye la situación de quien se beneficia, sino también la de quien se lesiona. Donde la preponderancia se resuelve en favor del que sea más afectado según su situación. Puede ser que para salvar diez vacas de cien que se tienen, sea necesario matar la única que tiene otro para su subsistencia. Es obvio que la conducta no es lícita, aunque aún podría disculparse si el daño menos extenso y aun incrementado por la condición de la víctima, de todos modos, en la ponderación es equivalente a lo salvado. De lo que se sigue que cuando en la ponderación del caso, los bienes jurídicos sean equivalentes, no hay otra solución que la inculpabilidad, salvo que la cantidad de bienes o la situación personal del afectado, den margen a una ponderación global diferenciadora.<sup>440</sup>

## D. EJERCICIO DE OTROS DERECHOS Y PRÁCTICA DE DEPORTES

1. En los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 55-VII de la Iniciativa se justifica la lesión a un bien originada por ejercer un derecho, siempre y cuando exista necesidad racional del medio –el CPDF alude a la necesidad racional de la conducta– y –según el CPF– ella no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro. Mestre Delgado hace un amplio examen de dicha excluyente en España. Mestre cita a Silvela, Antón Oneca, Quintano Ripollés, Bacigalupo, Muñoz Conde y García Arán, quienes han estimado a la excluyente como superflua. Y a Pacheco, Valdés Rubio, Mir Puig y Luzón Peña, quienes la han aqilutado relativamente redundante.<sup>441</sup> Y es que, ciertamente, los contenidos con los que tradicionalmente se quiere hacer valer esa justificante son jurídicamente rechazables o bien son causa de atipicidad.

En el primer aspecto, piénsese, por ejemplo, en las vías de hecho violentas para hacer valer un derecho, comportamiento que de por sí se tipifica en los artículos 226 del CPF y 288 del CPDF, e incluso cuando se le hace valer de manera arbitraria se

438 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 607.

439 Ibidem.

440 En los eventos de ponderación global del caso concreto del estado de necesidad, tienen plena aplicación las pautas del principio de proporcionalidad, derivado del artículo 22 C., en su estándar de proporcionalidad estricta.

441 Mestre Delgado, Esteban, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Madrid, Ed. Edisofer, SL, 2001, pp. 31 a 36.

sanciona penalmente en el artículo 259 del CPC. Lo cual se corresponde con la prohibición del artículo 17 C., de que ninguna persona pueda hacerse justicia por sí misma, ni ejercer la violencia para hacer valer su derecho. En el mismo tenor se inscriben las lesiones originadas a un menor por quienes ejerzan su patria potestad, tutela, educación o guarda: pues el ejercicio de la violencia está excluido del derecho de corrección conforme a los artículos 323 bis, 323 ter y 423 del CCF, 526 y 644 del CCC.

Y en lo que atañe al segundo aspecto, piénsese en el ejercicio de ciertos derechos inherentes a algunas profesiones, como la médica, donde ya se vio que el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible impedirá su lesión. Para significar el ejercicio de un derecho como justificante, también se acude a la gestión oficiosa de negocios ajenos que prevén los códigos civiles, cuando la gestión resulta desafortunada, a pesar de que se empleó la diligencia debida en interés del titular (artículos 1896 hasta 1909 del CCF, y 1811 hasta 1863 del CCC.) Mas si se reflexiona en los supuestos en los que se da la desafortunada gestión oficiosa de negocios ajenos, ella difícilmente encuadrará siquiera en algún tipo penal, y de todas suertes la misma no se justifica cuando el gestor actúe con culpa.

2. Empero, hay otros derechos cuyo ejercicio en un caso precise lesionar bienes ajenos, donde la solución no es pacífica. Y en tal virtud debe partirse de la pauta legal, de que sólo cuando sea racionalmente necesario, podrá ejercerse un derecho que lesione bienes ajenos. Condición que se establece como límite para el ejercicio de un derecho cuando, precisamente, lesiona un bien jurídico ajeno. De tal suerte que la lesión de un bien ajeno en ejercicio de un derecho será legítima, cuando aquélla sea la menos lesiva posible y se muestre como indispensable y racional para disfrutar del bien amparado por el derecho. Pues lo que importa según la ley penal, es la necesidad racional de la conducta o del medio empleado para ejercer el derecho (y en el CPF, que no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.)<sup>442</sup>

En tal contexto pueden mencionarse como conductas justificadas, el ejercicio del derecho de retención ante deudas y cosas ajenas –sin que en el último caso implique robo– (artículos 2077 del CCF., 2360 y 2369 a 2388 del CCC). El derecho de servidumbre de paso (artículos 1097 a 1112 del CCF y 1642 a 1653 del CCC), por ejemplo, si el dueño del predio dominante siembra sobre un tramo de la servidumbre y quien disfruta de ella, al no tener otro paso, se ve precisado a transitar causando los daños indispensables y menores que el valor de los bienes que salva por ello. La demanda judicial de divorcio en la que el cónyuge revela situaciones íntimas del otro, pero cuya develación es necesaria como motivo de la causal de disolución del vínculo matrimonial (artículo 381 del CPC). El derecho de huelga respecto a la posesión y cierre de ciertas áreas del lugar de trabajo.<sup>443</sup>

3. Por otra parte, se plantean problemas respecto a la libre expresión de las ideas, frente a la apología de un delito o de vicios (artículo 209 del CPF), entre otros. Y no sólo cuando aquel derecho se ejerce por medio de la prensa, la radio, la televisión y el internet; sino en cines, actos públicos, conferencias, etc. O bien cuando se publiquen libros, escritos o imágenes obscenas (artículo 200-II del CPF). Porque en términos generales prevalece la libre expresión de las ideas y escribir y publicar escritos sobre cualquier materia consagrados como garantías en los artículos 6° y 7° de la C., a menos que –según los preceptos constitucionales– en la expresión de las ideas “se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público”; y en la publicación de escritos “no se respete la vida privada, la moral o la paz pública”.

Mas también está el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la ONU en 1948, que garantiza el derecho a la libertad de expresión e información, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho comprende la libertad de mantener opiniones sin ser perturbado, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio y a pesar de cualquier frontera”. En ese contexto constitucional y jurídico internacional es inadmisibles punir como apología de un delito el elogio al aborto, a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, o a una persona condenada por un delito, fundando la punición en que alguien adoptó los puntos de vista del apologista.

Y lo anterior es así, ya que de acuerdo con el artículo 6° C. es menester que la apología –como expresión libre de ideas– “provoque algún delito o perturbe el orden público”. Por ende, es preciso que otra persona incurra en un delito porque se le incitó al mismo, o bien que el trastorno del orden público ocurra en virtud de aquél panegírico. A menos que al límite constitucional de que la libre expresión de las ideas “provoque” un delito, se le quisiera trastocar para asumirlo como “encomio” o “sugestión” a un delito o al desorden público, con lo cual, además de pervertir el texto constitucional, se hará nugatorio el derecho de expresar las ideas. De aquí que en aquellos casos Zaffaroni rechaza la punición con base en la ilegitimidad de tales tipos penales.

El autor argentino sostiene que:

“...el tipo de apología del delito, entendido literalmente, será incompatible con la C., ningún estado democrático puede decidir que todo lo que él considera delito es tal y que también es delito la crítica que se le haga por su elección”.

---

442 Lo cual conlleva a que cuando el derecho se ejerce con el sólo propósito de perjudicar a otro, la lesión al bien jurídico ajeno se da en virtud de un ejercicio racionalmente innecesario del derecho, donde en realidad ya no hay ejercicio de un derecho, sino abuso del mismo.

443 La posesión y cierre de ciertas áreas del lugar de trabajo excluye incluso el delito de coalición de servidores públicos cuando se trate de empresas del estado (artículo 216 del CPF.) Otro ejemplo sería, la disposición de la cosa de la cual se es propietario frente a quien se apodera de ella, siempre y cuando con aquella no se afecten los derechos de un tenedor o poseedor legítimo de la misma (artículo 368-I del CPF.)

Para más adelante acotar que:

“...lo único admisible conforme a la C. sería la criminalización de la apología de las conductas gravemente lesivas [que se tipifican urbi et orbe, como el homicidio, el genocidio o la violación], pero no la crítica a tipificaciones inconstitucionales de conductas referentes a la moral privada o la propia crítica apologética respecto de categorías [de delitos] relativas [o coyunturales] y siempre discutibles”.<sup>444</sup>

Así pues, no es ocioso destacar que tan en el CPDF como en el CPC ya no se tipifica la apología de un delito. La ilegitimidad del artículo 209 del CPF se revela, porque pune la libre expresión de las ideas con independencia de que ellas provoquen el delito cuyo panegírico se hace, ni perturben el orden público. A menos que –también con forzamiento inadmisible– se quisiera asimilar “perturbar el orden público” a que “en público se haga la expresión favorable de un delito” –que es lo que se sanciona en dicho tipo penal–. De aquí que tal manifestación de las ideas no debiese ser punible, y sólo podría serlo cuando ella conlleve un trastorno material del orden por uno o más grupos de personas, o porque en un caso consistiera en determinar a otro a un delito que resulte cometido.<sup>445</sup>

4. Lo mismo cabe decir de la reproducción y publicación de libros, escritos, imágenes y objetos obscenos tipificada en el artículo 201-I del CPF. Pues además de que la expresión “obsceno” es huidiza y totalmente “abierto”. Es también indudable que no debe ser punible la mera reproducción y la tarea editorial de publicar libros, escritos, imágenes y objetos “obscenos”, como tampoco cuando se exhiban imágenes u objetos “obscenos” a un público adulto, si éste fue previamente informado. Por ello, solo podría ser punible cuando a los adultos no se les avise antes de la exhibición, o bien cuando se venda o distribuya ese material a menores o no se advierta de su contenido al adulto, tratándose del cine, televisión e internet o la renta de videos.

No compete al Estado erigirse en el árbitro de la moral de los ciudadanos mediante la represión penal, menos cuando lo que puna sea el ejercicio de derechos fundamentales. El poder penal puede tener un sustento moral, pero el Derecho Penal no debe admitir que aquél se ejerza sólo por dicho motivo. Y es que no hay razón para punir mientras la conducta que se considere inmoral, no ponga en peligro ni lesione bien jurídico alguno, siquiera porque la exhibición obscena se haga a la vista de un grupo indeterminado de personas sin que se les haya informado previamente de aquélla, o tratándose de libros o revistas, cine, televisión e internet o videos, no se avise de su contenido ni se restrinja del mismo a menores. De lo contrario, la punición ya no tendrá el fin de evitar la afectación a bienes jurídicos, del artículo 22 C.

El Estado puede salvaguardar el orden externo de afectaciones a bienes jurídicos ajenos, cuando ellas sean consecuencia de una conducta dolosa o culposa. Pero aquél no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar penalmente la moral de los individuos con independencia de su derecho de autodeterminarse libremente cuando ya sean capaces para ello. En el respeto a la moral de cada uno estriba la obligación del Estado de protegerla, absteniéndose de establecer cánones sobre aspectos en los que ninguna facultad le asiste, bajo riesgo –en caso contrario– de tender al autoritarismo. (Derechos de libertad, de igualdad, de libertad de expresión y de publicación de escritos, y principio de afectación a bienes jurídicos, de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 22 C.)

5. Por lo demás, el ejercicio de un derecho puede concretarse en actividades fomentadas por el estado, como las educativas, sanitarias, médicas, de investigación científica, productivas, etcétera, de las que algunas se reglamentan por el Estado debido a los riesgos que implica su realización para bienes ajenos. Muchas de ellas, como la práctica médica y las intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, suponen la intromisión directa en bienes de las personas, pero su ejercicio se justifica bien sea porque desde el tipo falta la lesión al bien, al haber consentimiento válido del titular para la disposición, y porque, además, en la mayoría de las veces, el objeto de aquéllas es de carácter terapéutico o de investigación científica válida, lejos de un mero daño a la salud.

Mientras que, en otras, como la práctica de deportes, donde además de suponer el ejercicio de un derecho –como son las ya mencionadas–, pueden causar lesiones e incluso la muerte, sin que respecto de las lesiones necesariamente se suponga el consentimiento del sujeto pasivo, o cuando sólo se infiere como tácito respecto a lesiones leves en ciertas condiciones reglamentadas, como sucede con el boxeo y el fútbol. En tal virtud se discute si las lesiones más severas, pero inferidas con motivo del deporte, son motivo de atipicidad o bien son causas de justificación y, asimismo, si la exclusión de delito se debe a que se trata de actividades fomentadas y reguladas por el Estado, o bien porque se corresponden con el ejercicio de derechos.

De cualquier modo, cabe considerar que esas causas de licitud son una especie combinada de consentimiento, ejercicio de un derecho y autorización estatal. En cuanto a la práctica de un deporte, el artículo 55-VII de la Iniciativa la contempla como causa de licitud, cuando la lesión se produce al practicar un deporte que el Estado consienta, observándose las reglas del mismo. El ejercicio del deporte puede estar específicamente reglamentado (artículo 73-XXIX-J C.), o simplemente autorizado.<sup>446</sup> De lo que se

444 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 613.

445 Determinación a un delito que ya prevén las leyes penales como forma típica de intervención, siempre accesoria a la realización de un delito determinado, muy distinta a la apología de un delito que deviene inconstitucional tal como hoy se le tipifica en el artículo 209 del CPF.

446 El ejercicio de deportes es un derecho y la regulación de su práctica obedece, principalmente, a los que puedan lesionar bienes jurídicos; con independencia de las normas para su fomento.



sigue que pueda haber autorización tácita del deporte cuando el Estado permite ya no su práctica –para la cual a mor de ser un derecho ninguna autorización se requiere–, sino la comercialización del mismo, por ejemplo, cuando cobra impuestos por los boletos que se venden, o porque facilita espacios o medios para practicarlos.

6. En los casos de un deporte no reglamentado, la misma costumbre de su práctica origina reglas para los participantes, a las que deben ajustarse los que lo practiquen si su observancia apareja reducir ciertos riesgos. Que exista tal causa de permisión cuando se causen lesiones o daños, puede hallar su fundamento, tan en el consentimiento de quienes lleven a cabo el deporte y en su derecho de practicarlo, como en la propia autorización estatal, directa o indirecta. Y el límite para ejercer esos derechos será el ajuste de la conducta a la reglamentación de cuidado en la práctica de los mismos, precisamente para que se eviten ciertas lesiones a los participantes, dado que su práctica conlleva riesgos de las mismas.

De tal suerte que aun sin violar la reglamentación, cabe que la práctica del deporte origine daños, lesiones o la muerte, casos en los que opera la causal. Más si en la práctica del deporte se violan sus reglas y ello origina lesiones que puna un tipo, la conducta será típica y antijurídica. Aunque la violación del reglamento no debe confundirse como si la lesión fuera dolosa. Porque puede haber una violación reglamentaria intencional con una conducta culposa respecto a la lesión. (Lo mismo que sucede cuando alguien se pasa un alto conscientemente sin aceptar causar daño que, sin embargo, produce). Aunque ciertamente la violación al reglamento deportivo importa al menos una conducta contraria al deber de cuidado, en tanto aquél es el límite del riesgo permitido y asumido mediante el consentimiento.

La índole dolosa que pueden tener las conductas que originen lesiones al atender normas del deporte, son las efectuadas en el boxeo y el fútbol americano. Ambos deportes asumen inferir lesiones dolosas levísimas como objeto o parte esencial de los mismos, y al menos en el primero, precisamente con el fin de dejar en inferioridad física al contendiente al menos por diez segundos. Sin embargo, si con motivo de la violación de reglas del boxeo, del fútbol americano o de otros deportes similares, se causan lesiones más graves o la muerte, no significa necesariamente que aquéllas deban calificarse como dolosas, porque cabe que el agente haya querido un daño menor al que resultó, configurándose un error de tipo que normalmente –pero no de manera necesaria– será vencible y, por tanto, fundamentable en la culpa.

#### E. CONSENTIMIENTO PRESUNTO

1. Ya se precisó que el consentimiento “presunto” es distinto al “tácito”. En el consentimiento tácito hay manifestaciones del titular o legitimado que implican su anuencia respecto a la injerencia, o se realizó cierta conducta de uno u otro en relación con el bien y respecto de quien realiza la injerencia, que permite asumir el consentimiento en la intromisión, evitando así la lesión al bien. Mientras que en el consentimiento presunto faltan dichas manifestaciones del titular o legitimado y son las mismas circunstancias concurrentes motivantes de la injerencia del agente sobre el bien jurídico que afecta, las que autorizan justificarla, porque ellas, aunque ajenas a cualquier manifestación de voluntad del titular o del legitimado, permiten presumir que de haberlos consultado habrían dado su consentimiento.

Así, en el consentimiento tácito no se sustituye la voluntad del titular o del legitimado, sino que aquél se infiere de su propio proceder respecto al bien jurídico y el injerente. Por ende, en el consentimiento tácito existe la anuencia de aquéllos de permitir la injerencia, que así excluye la lesión al bien y motiva la atipicidad del hecho. Mientras que en el consentimiento presunto la intrusión se legitima porque las circunstancias permiten asumir que el titular o el legitimado habrían dado su consentimiento, de haber estado presentes o de tener la posibilidad de darlo. De ahí que en el consentimiento presunto la conducta del injerente lesione el bien jurídico, pero al ser conforme a la permisión de la causa de licitud, aquélla no se opondrá a la norma prohibitiva, y, por tanto, no será antijurídica.

2. ¿Sucedería lo mismo cuando un bombero irrumpa en una morada ajena para apagar un fuego sin que se halle el titular, o bien cuando un médico opere de urgencia al accidentado inconsciente para evitar su posible agravación? Empero, ello no es así, ya que el consentimiento presunto se diferencia del estado de necesidad justificante, porque en el primero la licitud de la conducta no depende de una ponderación objetiva de los bienes o intereses en conflicto, sino que descansa en la voluntad hipotética del titular del bien afectado. Se trata –dice Roxin– “...de un juicio de probabilidad de que el afectado, si hubiera poseído completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción”.<sup>447</sup>

Así, aunque tal ponderación debe hacerse con base en lo que normalmente pueda consentir una persona en las condiciones y circunstancias que la misma se encuentre, se sostiene que será necesario, además, tomar en cuenta lo que la persona concreta legitimada para disponer del bien que se afecta, habría admitido como injerencia en la esfera de su bien jurídico. Por ello, se aduce que si el disponente ya sabía cuál era el interés del titular respecto a la injerencia sobre el bien, habrá que tomar en cuenta ese aspecto a efecto de estimar lícita o no la conducta.

3. De ese modo, podrá ser objetivamente válida la injerencia, por presumir el consentimiento del titular, cuando alguien se adentre a su morada para cerrar la llave del agua que empieza a desbordarse de su recipiente; más la intrusión será ilícita si quien la realiza sabe del interés del titular de que aquél no debe por ningún motivo entrar al domicilio del titular. Cabe aceptar tal aserción

447 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...* op. cit., p. 776.

como “conocimientos especiales del agente”, pero no porque las causas de licitud contengan elementos subjetivos: cuando, por lo general, el agente que actúa al amparo de causa de licitud no tiene que saber sus circunstancias, para que su derecho exista.

Pero ello también lleva a que, si se sabe del interés del titular de admitir una injerencia que en la perspectiva impersonal no se antoja razonable, aunque aquél no haya manifestado de algún modo ese interés respecto al injerente, la intromisión se justifica porque no habrá razón para estimar injusta la conducta de quien actúa conforme al interés del titular, sólo porque en la apreciación impersonal dicha acción no serviría a un interés objetivo.

4. Por lo demás, la injerencia por consentimiento presunto nada más es lícita cuando no pueda ser habido el titular. De tal guisa que será injusta la acción del médico que, en la cirugía de una persona inconsciente, advierta otra anomalía que implique extirpar un órgano y también la opere, si puede esperar sin mayor peligro para informar a la persona y obtener su consentimiento acerca de la extracción.<sup>448</sup> Tampoco se actualizará la justificante cuando se grabe una conversación privada y luego se divulgue sin consentimiento del interlocutor (artículos 211-bis del CPF, 212-II del CPDF y 267-A-I de la Iniciativa.) Ya que bien podía preguntarse a la persona si estaba de acuerdo con ese proceder.

5. Asimismo, la mera relación de amistad o amorosa será insuficiente para suponer el consentimiento presunto, cuando el amigo o pareja disponga en beneficio propio de los bienes de quien está ausente, si éste no ha dado signos que hagan suponer su consentimiento tácito, o falten datos de que lo hubiera dado de haber estado presente. Roxin expone: “...el o la novia no puede invocar el consentimiento presunto para salir de apuros financieros cogiendo dinero de la persona ausente”. Y es que, se trata del interés del titular del bien jurídico, en tanto es lícito afectarlo evitándole un desdoro mayor, pero no así del interés de quien dispone en su beneficio, afectando al bien del titular.

6. Por otra parte, cuando se recibe a una persona desmayada con motivo de un accidente o porque se desvaneció –o incluso cuando se interviene quirúrgicamente al paciente inconsciente con su previo consentimiento– y en esas condiciones se dé el hallazgo inesperado de otro mal, si acaso hay datos de que con la demora necesariamente se dará un mal mayor en el paciente o se le colocará en mayor peligro de que lo padezca, se justifica, en el primer caso, que el médico actúe en cumplimiento de su deber respecto a la atención urgente del accidentado o desmallado, pues de no hacerlo le será imputable en comisión por omisión el daño que resulte y que pudo evitar, y respecto al segundo evento, que se dé un estado de necesidad justificante.

Ello igual es válido cuando se realiza la injerencia sin poder confirmar la realidad del pronóstico, si éste se basa en síntomas que indican la urgencia de la intervención –y no haya el consentimiento del paciente ni datos que permitan inferir cuál es su postura al respecto–. Aun cuando luego resulte que el peligro era inexistente: ya que para justificar la conducta es bastante la valoración ex-ante de las circunstancias que motiven la acción, en cuanto aquellas sean de por sí razonablemente bastantes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Misma que tratándose de la vida ya no depende del consentimiento real o presunto del titular, porque en nuestro Derecho la vida humana es disponible hasta el último momento.

De aquí que sea incorrecto estimar que, si está en juego una vida salvable, el médico debiera consultar con los familiares si acaso el titular está inconsciente. Ya que la injerencia se justifica como estado de necesidad, aun cuando los mismos parientes se nieguen, por ejemplo, porque ellos y/o el paciente pertenezcan a una religión que se opone a esas intervenciones. En tales casos, ni siquiera será necesario el consentimiento, y también será irrelevante que el mismo paciente le hubiera manifestado al médico que no permitiría la injerencia (cualquiera que hubiera sido su motivación).

Cosa distinta es que el mismo paciente, ya enfermo de una dolencia grave e incurable, hubiera manifestado claramente de que en caso de caer en paro rechazaba cualquier medio de resucitación, porque desde cuando se produjo el paro carecerá de sentido hablar de un deber de evitar el resultado que ya se dio, sin que exista un deber de volver a la vida al paciente sin respetar su voluntad en sentido contrario. Por último, habrá error de prohibición cuando haya una falsa representación del hecho que lleve a suponer el consentimiento en eventos donde ex-ante sea inadmisibles considerar que lo daría el titular o en su caso el legitimado para ello.

Y ello es así, dado que para justificar la conducta basta la valoración de las circunstancias fácticas que se presentan ante la acción, en cuanto ellas sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Sin embargo, ello no excluye un diverso error invencible de tipo, si el injerente actúa en circunstancias que le hicieron creer que el titular había dado su consentimiento y aquellas le impidan saber que no existió el mismo, como es el caso de cuando siendo innecesaria una intervención quirúrgica menor, como la circuncisión, con un fin de broma un pariente le presentara al médico un escrito donde simulara la firma del titular y en el que constara el consentimiento como dado por él, antes de que éste fuera operado por otro motivo diverso a la cisura.

Pues el médico tiene el deber de respetar la autodeterminación del paciente, si la intervención no es urgente. Pero no está obligado a verificar la autenticidad de la firma del paciente que supuestamente consintió, cuando quien presenta el documento es un familiar del que cabía esperar confianza por el afectado. En tal evento no podrá sostenerse el criterio ex-ante para justificar un

---

448 Diferente será la solución si de esperar el médico, el problema de salud se agravaría, porque en tal caso la operación de la anomalía obedecerá a un estado de necesidad justificante con peligro “actual”.

consentimiento presunto y, además, el consentimiento era inexistente para excluir la lesión por ese motivo. Más sí excluye la tipicidad por falta de dolo respecto a la lesión del bien cuando el galeno actúa bajo el error invencible inducido de que tal consentimiento existiría. Evento en el que el pariente que indujo al error habrá actuado como autor mediato, realizando el injusto culpablemente al dominar la voluntad del sujeto de adelante.

#### H. EXCESO EN LA CONDUCTA JUSTIFICANTE

1. El exceso no excluye al injusto, más sí lo atenúa, y en ciertos casos límite cabe considerar la exculpación como se verá. Los artículos 16 del CPF y 57 de la Iniciativa contemplan la posibilidad de exceso en varias causas de permisión y no sólo respecto a la defensa legítima. Así, comprenden no sólo el exceso en la conducta defensiva, sino también el exceso en el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la práctica de deportes y la obediencia jerárquica. Mientras que en el artículo 29 in fine del CPDF se considera el exceso en aquellas eximentes, pero no se incluye al cumplimiento del deber. Asimismo, en el CPF y el CPDF se omite señalar cuándo hay exceso, mientras que en el artículo 57 de la Iniciativa se señala que existe exceso: "...cuando el autor hace más de lo racionalmente necesario".

2. La fórmula del artículo 57 de la Iniciativa es más apropiada que la idea de la desproporción entre el daño y el medio para sustentar el exceso. Éste último criterio origina confusiones prácticas y jurídicas, al igual que es contradictorio con la regulación de la defensa legítima y la calificativa de ventaja en los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF. Así, en el artículo 57 de la Iniciativa se atiende mejor al denominador de "ir más allá de lo racionalmente necesario", límite este último implicado en todas las causas de justificación.

3. Asimismo, todo exceso supone que se den los presupuestos que den pie a la conducta que motiva la causa de licitud de que se trate y de que «dicha acción tenga un arranque lícito», de tal modo que haya motivo que legitimaría la conducta de quien luego se excede.

4. En la medida en que falten las condiciones que den pie a la excluyente, o cuando desde un primer momento la acción sea innecesaria o irracional, ya no se estará ante un exceso, sino ante un injusto no atenuado, debido a la falta de los presupuestos y condiciones que pueden dar pie a la excluyente y luego al exceso de la conducta, que originalmente tuvo arranque lícito, que es el primer motivo para la atenuación. En tal orden de ideas, el exceso apareja que el sujeto va más allá de lo necesario con su propia conducta que sí tuvo un arranque lícito, lo cual ocurre cuando quien realiza la conducta lesiva, la prolonga o transforma en un marco en el que tal lesividad se vuelve irracional, pero no aberrante.

Como sucede en la defensa, cuando iniciada lícitamente la repulsión, se incrementa su intensidad lesiva de tal modo que haya disparidad entre la lesividad de la repulsión, y la lesión que se evita o impide. Pero sin que tal disparidad sea de tal magnitud, de modo que se vuelva aberrante, casos en los que no operará la atenuación por exceso.

5. Por último, el exceso no es un caso especial de error, aunque también es posible que el mismo exista en el propio exceso y –según la postura aquí sostenida– debe tratarse como error de prohibición.

En suma, el exceso se caracteriza porque: 1) Concurren los presupuestos que motivan una causa de licitud. 2) A su amparo, la conducta del agente tiene un inicio lícito. 3) Pero aquél hace más de lo que es necesario, según lo permitido en la causa de licitud de que se trate. 4) Y, siempre y cuando, no sea claramente absurda la magnitud de la lesividad en virtud del exceso, respecto al ínfimo valor del bien o bienes salvaguardados; o en su caso, no sea aberrante la lesividad de la repulsión frente a la que representaba la agresión.

Lo que se decide en cada caso y según los presupuestos y requisitos que conforman a cada causa de licitud o justificación.

### APARTADO DÉCIMO

#### LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE AL DELITO

##### SECCIÓN PRIMERA:

#### LA CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO EN UN ESTADO DE DERECHO

##### A. FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPABILIDAD

1. Al analizar el apoyo de la culpabilidad, Cousiño Mac Iver cita a Wolfgang Schöne, quien para fundarla acude a la libertad-responsabilidad y dignidad humanas, cuando señala:

“La pena considerada como reproche más grave por parte del Estado y como reacción de contenido socioético sería incoherente con la imagen de una persona en la cual no figure su culpabilidad, es decir, su capacidad de motivarse libremente de acuerdo con los valores y las normas de la sociedad. En otras palabras, si no se incluye esta capacidad dentro

de los presupuestos de la pena, el hombre no sería más un sujeto digno –dentro de un Estado de Derecho– sino un mero objeto del poder estatal”.<sup>449</sup>

En ese tenor, el artículo 20-A-V-VIII C. refiere la culpabilidad y exige sea probada, y el artículo 1° C. concibe libres y dignas a las personas. Precisamente, es con base en nuestra libertad y dignidad que elegimos realizar una conducta conforme a Derecho o una prohibida penalmente. Por ello, debe reconocerse que la punición sólo es admisible si la persona al realizar el injusto estuvo en un contexto de comunicación con la norma prohibitiva penal (deducida del tipo penal de que se trate), sin que concurrieran circunstancias que racionalmente volvieran inexigible que se ajustara a aquélla.

2. La culpabilidad así entendida parte del abuso de la libertad de autodeterminación responsable, que materialmente se manifiesta en realizar una conducta sabiendo que es penalmente prohibida, o bien, cuando las circunstancias concurrentes y condiciones del agente le permiten imaginar sin mayor esfuerzo la punibilidad de su obrar, siendo esos extremos los que hacen exigible que se ajuste a la norma penal, salvo que confluyan otras circunstancias que racionalmente vuelvan inexigible dicho ajuste.

3. El concepto de culpabilidad con aquel contenido puede deducirse de la ley, si se reconstruyen en sentido contrario las excluyentes de delito que se refieren a ella en los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. Así, la fracción VII de esos numerales, referente a la inimputabilidad, establece que el delito se excluye cuando:

“Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental, dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible”.

Luego, si para resolver la culpabilidad de una persona es preciso establecer que ella era capaz de comprender la ilicitud del hecho típico penal al realizarlo y de conducirse de acuerdo con esa comprensión: en congruencia, igual será necesario que al concretar el injusto, la persona supiera la ilicitud del mismo o al menos cabía que la imaginara sin mayor esfuerzo, sin que concurrieran circunstancias que hicieran inexigible que se autodeterminara conforme a la prohibición penal de la norma. Pues de no deducirse estas secuelas, carecerían de sentido los extremos de la eximente citada. Más estas implicaciones se confirman con la fracción VIII-b) de los numerales referidos en el párrafo precedente, en relación con los artículos 66-in-fine del CPF y 83 del CPDF.

Justamente, conforme a los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF, el delito se excluye cuando:

“Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de 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.”

De lo que se sigue que esa eximente estaría de sobra si al cometer el delito fuera irrelevante que la persona conociera o no la existencia de la ley o el alcance penal de la misma, a pesar de que el delito quedará legalmente excluido si obró con ignorancia o error de prohibición invencibles acerca de la ilicitud penal de su conducta, o de haber sido aquellos vencibles ha de atenuarse la pena, de acuerdo con los artículos 66-in-fine del CPF y 83 del CPDF.

4. Por último, la noción de culpabilidad se corrobora y completa con la fracción IX de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. En ella se regula la inexigibilidad de ajustarse a derecho:

“...si atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

Por lo que tal excluyente carecería de sentido si para decidir el delito no importara examinar las circunstancias que, en su caso, hayan vuelto racionalmente inexigible que el agente se ajustara a la norma.

5. De acuerdo con lo dicho, la culpabilidad solo podrá sostenerse cuando al realizar el injusto el agente sabía de la punibilidad de su conducta o concurrieron motivos que le permitían imaginarla sin mayor esfuerzo, sin que concurrieran circunstancias que racionalmente le volvieran inexigible que se ajustara a la norma. Ahora bien, ¿es o no correcta, filosófica y jurídicamente, esa noción de la culpabilidad? Ya que en última instancia ella apareja punir al individuo porque al concretar un tipo penal sabía la punibilidad de su conducta o concurrían circunstancias que le permitían imaginarla sin mayor esfuerzo y no se ajustó a la norma prohibitiva del tipo penal, a pesar de que le era exigible que se autodeterminara conforme a ella. Lo que en el fondo se sustenta en el libre albedrío. ¿Podrá apoyarse la culpabilidad en el libre albedrío?

6. Contra ello se objeta que el libre albedrío sería una idea metafísica, no sujeta a verificación empírica. Además, se aduce que aquel fundamento no se condice con la hipótesis de que todos estamos determinados por nuestro medio y circunstancias.<sup>450</sup>

449 Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 10.

Mas esta última idea conlleva asumir que ninguna decisión sería libre, y lo cierto es que el determinismo estricto tampoco es constatable,<sup>451</sup> o —como dice Roxin— es “prácticamente inviable”.<sup>452</sup> Aunque de todos modos, ello no excluye la crítica que el libre albedrío no podría probarse y que, por tanto, tal déficit habría de conducir a la absolucón, en virtud del principio in dubio pro reo. Lo que haría imposible un Derecho Penal sustentado en la culpabilidad.

7. Se intenta salir al paso de esta secuela, aduciendo que “poder ajustarse a la norma” no se decide según lo que el agente pudo, sino acorde con lo que una persona media hubiera podido.<sup>453</sup> Sin embargo, tal solución apareja una reformulación del concepto, en el sentido de que el agente habría podido actuar de otro modo en la situación en que él se encontraba, porque otro en su lugar habría actuado de esa otra manera. ¿Y acaso hemos de responsabilizar a una persona por lo que otra podría haber hecho y que ella precisamente no pudo hacer, sin caer en la ilegitimidad esencial de contradecir el punto de partida, de que es al agente —y no a otro— al que le ha de ser exigible que se ajustara a la norma?

8. Para sortear el problema se ha acudido a las tesis que parten del «carácter» y del «ser» de la persona. Las que se matizan en el sentido de que ella se decide a sí misma y con ello crea a su propio ser. Por ende, cada cual debería responder de lo que hace como emanación de su personalidad.<sup>454</sup> Empero, si bien es cierto que con tales tácticas se eluden los reparos a la tesis del libre albedrío, igual es verdad que con ellas se renuncia a la culpabilidad para sustituirla por una responsabilidad social de la persona con motivo de la «conducción de su vida», o prescindiendo de ésta, por necesidades y fines meramente preventivos.<sup>455</sup>

Las objeciones a una “culpabilidad de autor” surgen desde el punto de vista de la falta de respeto a un estado de derecho que evidencia esa postura, pues la pena se sustentaría en lo que hizo la persona de su vida y no por las circunstancias concretas en que realizó el delito que ella eligió; cuando precisamente, es sólo por esa acción constitutiva de delito que los artículos 14 y 22 C. autorizan imponer la pena y cuantificarla.

Y es que, si se quiere ejercer el poder penal respetando garantías y derechos, no puede sin más trastocarse una culpabilidad de acto, por una culpabilidad de autor. Ello apareja mucho más que un cambio de etiquetas. Pues al agente ya no sólo se le puniría por el delito, sino por lo que él hizo en y de su vida antes de su conducta delictuosa, cuando es sólo por el hecho delictivo sentenciado por el que la C. autoriza procesar al individuo y punirlo. Sin que ella tolere la retroactuación de tal juzgamiento (con consecuencias perjudiciales), a lo que la persona haya hecho de su vida. (Artículos 1º, 14, 16, 19, 20 y 22 C.).

Respecto a la orientación que se rechaza, Roxin señala:

“...sólo la culpabilidad existente durante la realización del tipo puede convertirse en fundamento de la responsabilidad penal”. “...no es lícito recurrir... a una “culpabilidad por la conducción de la vida” o “culpabilidad por la decisión de la vida” existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada [o no], en lo que es hoy. Pues una conducción “culpable” de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible. Además, tal culpabilidad por la conducción de la vida...disolvería el efecto limitador, propio del Estado de Derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia al tipo”.<sup>456</sup>

Más lo dicho no significa que al individualizar la pena respecto del grado de culpabilidad y la gravedad del injusto ya tendrían que dejarse de lado los datos personales, sino que estos pueden considerarse sólo si —y en la medida que— el agente se haya valido de ellos, o se hayan reflejado en las circunstancias en que realizó el injusto culpable.

Asimismo, si se fuera coherente con la idea de punir por la conducción de la vida (culpabilidad de autor), la pena habría de ser indeterminada, hasta por el tiempo necesario para que se cambiara la personalidad del individuo y por la cual se determinaría al delito. Y ello no se condice con nuestro sistema jurídico que exige la certeza de las penas.

---

450 La postura determinista se postuló por el positivismo italiano desde principios del siglo XX, significativamente por Ferri y Garofalo, y —con perspectiva diferente— por Ellscheid y Hassemmer en 1977, citados por Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1997; pp. 317 y ss. En tenor parecido, de rechazar una culpabilidad basada en el libre albedrío, se inscribe Gimbernat Ordeig, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática penal?, *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1990. p. 61-62.

451 Bacigalupo, Enrique, afirma: “...si no es posible demostrar la libertad de la voluntad, tampoco es posible demostrar la determinación de dicha voluntad”, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., José Luis De Palma, Editor, 1999, p. 248.

452 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., T. I, p. 799.

453 Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva*, t. 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 188 y ss.

454 Al respecto Bacigalupo cita desde Liszt (1921) hasta Engisch (1963). Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis De Palma Editor, 1999, pp. 414 a 417.

455 En la última postura destaca Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997.

456 Idem.; p. 813.

9. En la trinchera que evita sustentar la pena en la culpabilidad, se inscribe el funcionalismo de Jakobs. Él otorga a la pena un sentido preventivo socio-funcional: el fin de las normas penales es mantener y promover fidelidad al orden jurídico-social y su carencia fundamenta la necesidad de pena. La pena –dice Jakobs–, restablece la confianza social afectada por el delito, como frustración de las expectativas de la comunidad en la fidelidad al Derecho.<sup>457</sup>

Luego, el fin de la pena –añade Jakobs– es la estabilización de esa confianza y su duración estaría en función de lograr esa estabilización y la fidelidad del agente al Derecho.<sup>458</sup> Empero, ello no es más que prevención general y especial con trasfondo positivista, arropadas con otra terminología. Por ende, no salva la crítica de que se sanciona a la persona no según el hecho delictuoso, sino de “lo que sería necesario para promover su fidelidad al Derecho y estabilizar la conciencia jurídica general”.<sup>459</sup> Así, la pena se impondría en atención a otros y si se fuera congruente, con duración indefinida, convirtiendo al individuo en instrumento de “los intereses de estabilización social” (según fines de otros), lo que atentaría contra su dignidad protegida en el artículo 1° C.

10. De todos modos, ante los problemas que apareja el libre albedrío, ya Villarreal Palos –en su estudio sobre “culpabilidad y pena”– da cuenta del desencanto acerca de un concepto de culpabilidad, a tal grado que se tiende a sustituirlo con contenidos enfocados a la necesidad social de pena, según consideraciones de prevención social positiva: “para que así, aquélla no rebase el grado que derive de los hechos del autor, con lo que se busca evitar cualquier abuso en la intervención punitiva estatal”.<sup>460</sup>

Más precisamente por lo último, lejos de suprimir la culpabilidad hay que acotarla, para que funcione como realidad de soporte jurídico fundamental, que proteja al individuo de excesos del poder penal, y de tendencias que atenten contra sus derechos no excluidos por su responsabilidad en el injusto penal realizado. La noción de culpabilidad basada en realizar el injusto sabiendo su punibilidad o en poder imaginarla sin mayor esfuerzo, cuando al agente le era exigible ajustarse a la prohibición penal de norma, es congruente con la autodeterminación y dignidad de las personas, establecidas como garantías en nuestra ley fundamental. La cual concibe a los seres humanos como dignos y, por tanto, capaces de autodeterminarse, y con derecho a vivir de manera libre y responsable en sociedad. Lo que halla su fundamento en los artículos 1°, 14, 16 y 20-A-V-VIII C.<sup>461</sup>

Asimismo, elegir –como expresión de una voluntad libre– es una realidad cotidiana, reconocida como derecho fundamental en la C. y los convenios internacionales. ¿O acaso elegimos sin voluntad libre a nuestros gobernantes?

La culpabilidad, cuya prueba se demanda en el artículo 20-A-V-VIII C., sustentada en la libertad y dignidad humanas del artículo 1° C., no es una idea metafísica indemostrable, en tanto no es “poder actuar de otro modo” lo que está sujeto a prueba, sino las condiciones y circunstancias que lleven a establecer que la persona al realizar el injusto conocía su punibilidad, o bien que le permitían imaginarse sin mayor esfuerzo esa punibilidad. A partir de ahí, el juicio es normativo, en tanto que acreditado uno de dichos extremos, cabrá sostener que al agente le era exigible ajustarse a la norma, salvo que se acredite una causa de inculpa que excluya al delito.

11. De ahí que para el fundamento material de la culpabilidad –como señala Muñoz Conde–:

“Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.”<sup>462</sup>

Y adelante añade:

“La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella”.

“Como ya se ha dicho antes, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto. A mi juicio, este fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma

457 Jakobs, Günter, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997. Asimismo, citado por Roxin, Claus, op. cit., nota, pp. 234 y ss.

458 Idem.

459 Ibídem.

460 Villarreal Palos, Arturo, *Culpabilidad y Pena*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1994, p. 111.

461 En el artículo 20-A-I-V-VIII-B-I C. —reformado en 2008—, se menciona específicamente a la “culpabilidad”.

462 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, segunda edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., p. 102 y ss.

penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de pena”.

“El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad en una vida en común pacífica y justamente organizada. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad, cualquiera que sea el origen de la misma, deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad”.

“Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas reflejadas en la legislación penal vigente: en la medida en que la culpabilidad sea una categoría dogmática, es decir, basada en el derecho penal positivo, no podrá servir para otra cosa que para interpretarlo. Pero en la medida que ese derecho penal positivo respete unos principios político criminales mínimos que se sitúen en el contexto de un Estado democrático, se podrán interpretar los preceptos penales legales, relacionados con la culpabilidad, con la suficiente amplitud como para hacer compatible la mayor y mejor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad, con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual.”

12. Más de todo ello se sigue que a las cuestiones de si ¿da derecho la culpabilidad al Estado a castigar? O si más bien ¿es el medio de mantener dentro de ciertos límites los intereses de la sociedad, frente a la libertad individual? La respuesta se orienta a la segunda alternativa. Porque la libertad, la dignidad humana y otros derechos fundamentales son realidades que se establecen en la C. como garantías de protección individual frente al Estado. Sin que la culpabilidad permita una injerencia estatal ilimitada contra la persona, como si fuese ajena a sus derechos, más aún si aquélla se vincula al principio de proporcionalidad del artículo 22 C., en cuanto la culpabilidad y el injusto admiten graduación y, por tanto, no fundamentan cualquier entidad de pena.

13. Por ello cabe disentir de la tesis de la culpabilidad como ficción jurídica que, según Roxin,<sup>463</sup> sólo operaría como un principio regulativo de invención necesaria que limita la prevención general y especial. Ya que frente a la función regulativa de invención necesaria que Roxin asigna a la culpabilidad, se opone su propio punto de partida, que Zaffaroni observa magistralmente:

“...considerar la libertad y la responsabilidad del hombre como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político estaría asentado sobre una ficción. Y más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología procedería de una ficción. Es grave considerar que la dignidad y libertad del ser humano como persona y, por ende, como responsable por su elección y dotado de razón, capaz de señalarle lo bueno y lo malo, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos, sería mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva”.<sup>464</sup>

Con base en ello cabe coincidir con Zaffaroni en que la culpabilidad así entendida “...es consecuencia ineludible...de la antropología jurídica o del concepto jurídico de lo humano: la ley internacional, la C. y la ley nacional presuponen autonomía personal de decisión siempre en un ámbito”.<sup>465</sup> Y sin que ello excluya que deba probarse la culpabilidad del sentenciado como enseña se precisa.

## B. LA PRUEBA DE LA CONCIENCIA DEL INJUSTO

1. La culpabilidad, como elemento del delito no puede sustraerse a la exigencia de probar las circunstancias concurrentes al injusto y los datos del agente, que racionalmente conduzcan a la conclusión inequívoca de que al realizar su conducta sabía de su punibilidad, o al menos que estuvo en un contexto de comunicación con la norma penal, que razonablemente le permitía sin mayor esfuerzo motivarse conforme a la prohibición penal.

Y es claro que no representará problema demostrar el conocimiento de la punibilidad del injusto, cuando el sentenciado admita que sabía el alcance penal de su conducta. Como tampoco lo habrá cuando se trate de un delito “natural”, sin que medien circunstancias que indiquen confusión sobre una causa de licitud putativa, o de que apunten a que el sentenciado ignoraba la ilicitud penal de su conducta.

2. Sin embargo, cuando ya no se trate del conocimiento de la punibilidad de la conducta, sino de que, si la persona se encontraba en una situación que le permitía imaginarla sin mayor esfuerzo, es claro que lo que estará sujeto a prueba serán los datos que permitan sostener que aquélla, aun sin conocer el alcance penal de su injusto, tenía motivos para representárselo sin mayor

463 Roxin, Claus, *ídem.*, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., pp. 83 y ss., y, además, en *Derecho Penal, Fundamentos...*, op. cit., p. 798.

464 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota, p. 638.

465 *Ídem.*

esfuerzo a efecto de ajustarse a la prohibición penal. Caso en el que, no obstante, ya se estará ante una culpabilidad con punibilidad atenuada por ignorancia superable de la prohibición penal.<sup>466</sup>

3. Así, el juicio de culpabilidad no queda librado al voluntarismo judicial, pues la conciencia del injusto –en sentido amplio–, obliga al juez a motivar las condiciones personales y circunstancias que concurrieron al hecho (probadas), que permitan sostener que el sentenciado conocía el alcance penal de su injusto al realizarlo, o aquéllas que le permitían imaginarse dicho alcance sin mayor esfuerzo, siéndole así exigible inhibirse, a menos que hayan concurrido circunstancias que racionalmente le dificultaran de manera especial aquel ajuste.

4. La conciencia del injusto podrá inferirse sin mayor problema en los llamados delitos naturales si no concurrieron circunstancias que permitan dudar que el sentenciado tenía conciencia de la punibilidad del injusto al realizarlo, pero en otros delitos, aquellos datos pueden llevar al juez a cuestionarse de sí en realidad la persona sabía de la ilicitud penal de su conducta o en su defecto, que le fue fácil imaginarla, según las circunstancias concurrentes al hecho. De ahí lo inaceptable de inferir la culpabilidad según la prueba del hecho, pero aislado de las condiciones del sentenciado y de las circunstancias en que lo efectuó: cuando ellas impidan inferir sin forzamiento aquellos extremos. Pues habrá de absolverse cuando haya datos que no puedan descartarse y eviten concluir de la manera apuntada.

Dictar una sentencia de condena en tal caso, vulnera la presunción de inocencia. Pues sólo debe condenarse e imponer pena a la persona si en el debido proceso penal se prueba su culpabilidad. Y en cualquier caso si la sentencia de condena pasa por alto la exigencia de prueba de la culpabilidad del sentenciado o los principios de sana crítica para establecer su existencia, es decir, suponiéndola, aunque haya duda rozable que indique su ausencia, se procederá contra las exigencias de un estado de derecho al imponer penas sin prueba de la culpabilidad, exigida en el artículo 20-A-V-VIII C.

### C. PRESUPUESTO Y COMPONENTES DE LA CULPABILIDAD

1. El examen de la culpabilidad parte de un presupuesto y de dos componentes esenciales –uno positivo y otro negativo– que la conforman, según se derivan del CPF y el CPDF y lo establece el Proyecto del CPC. Ellos son:

#### a) Imputabilidad

La capacidad del agente de entender y de conducirse conforme a la prohibición de la norma cuando realiza el injusto.

#### b) Conciencia del injusto

El conocimiento por el agente de la punibilidad de un injusto doloso cuando lo realiza, y, tratándose de una conducta culpable, conoce o puede advertir sin mayor esfuerzo las circunstancias que originan su deber de cuidado o la situación de peligro a la que esté obligado a proveer; o en su defecto, las condiciones y circunstancias que le permitan imaginarse sin mayor esfuerzo la punibilidad de su conducta dolosa.

#### c) Exigibilidad de ajustarse a la norma

La ausencia de causas que volverían inexigible al agente ajustarse a la prohibición penal de la norma.

## SECCIÓN SEGUNDA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

### A. IMPUTABILIDAD

1. Carecería de sentido que la ley conminara con penas, conductas cuya prohibición la persona fuera incapaz de comprender o de conducirse según esa comprensión cuando realiza el hecho típico. Esto significa que un presupuesto de la culpabilidad sea la capacidad del individuo para comprender el carácter ilícito de su conducta típica y de autodeterminarse en consecuencia: pues sólo quien tiene capacidad de comprender la ilicitud de su obrar y de determinarse según esa comprensión, es del que podrá examinarse si actuó con culpabilidad. De lo cual se sigue que tal imputabilidad del agente al concretar el tipo, es presupuesto de las categorías que alternamente pueden conformar su culpabilidad.

2. La capacidad de comprender la ilicitud del obrar típico y de determinarse según esa comprensión, como presupuesto de la culpabilidad, se desprende de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF, que excluyen al delito cuando: “...al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual

466 En ese caso subsiste una culpabilidad disminuida por faltar el conocimiento efectivo del alcance penal de la conducta, carencia que conforme a la misma ley penal amerita una reducción del marco legal punible aplicable al delito. (Artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48 del CPC.)



retardado”. El artículo 59-I de la Iniciativa dispone: “...Estará excluido de delito quien, al momento de realizar el hecho, no tenga la capacidad de comprender la naturaleza de su conducta o el carácter ilícito de la misma, o de autodeterminarse de acuerdo con esa última comprensión, en virtud de padecer trastorno mental transitorio o permanente, o bien desarrollo intelectual retardado”.<sup>467</sup>

3. Las antedichas fórmulas legales de la imputabilidad encajan en un sistema mixto, es decir, psicológico-jurídico, en la medida que el desarrollo y estado mental del agente para captar la ilicitud de lo que hace y la aptitud de autodeterminarse según ese entendimiento son aspectos que se vinculan íntimamente a la culpabilidad, de tal guisa que para que una persona sea imputable, es insuficiente que pueda comprender la ilicitud de su conducta típica (lo cual se relaciona con su conciencia del injusto), si acaso es incapaz de autodeterminarse según el carácter ilícito de la misma (lo que se vincula con la inexigibilidad de que se inhiba), pues es posible que alguien comprenda que es ilícito lo que hace, pero que lo realice por compulsión patológica. El cleptómano, por ejemplo.

Tal sistema se adoptó en el proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>468</sup> y rige en el actual Código Penal de la República Federal Alemana.<sup>469</sup> Asimismo, el concepto está vigente en México a partir de 1987 y en Coahuila desde 1983.

## B. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA IMPUTABILIDAD

1. Sólo quienes tienen capacidad de comprensión y de autodeterminación normativa (imputabilidad), podrán tener conciencia de la ilicitud penal del injusto que realizan y serles exigible ajustarse a la prohibición penal de la norma (culpabilidad).

Como contrapartidas de la imputabilidad entran los padecimientos psíquicos patológicos que originan perturbaciones cerebrales demostrables: psicosis por traumas cerebrales, por intoxicación o infección, arteriosclerosis o atrofia cerebrales, la meningitis, los tumores cerebrales con afección conductual, etcétera, mismas que los CPF, CPDF y CPC las engloban como “trastorno mental”, hasta los menoscabos de índole endógeno no patológicos, como la oligofrenia, que aluden los citados códigos como “desarrollo intelectual retardado”.

2. También caben los trastornos mentales como el miedo grave, las psicopatías o neurosis graves y ciertos estados de toxicomanía crónica. Todos ellos, en la medida que incapaciten comprender la naturaleza del hecho o su ilicitud, o para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Cuando el trastorno no procurado que apareje aquellas consecuencias solo haya sido transitorio ello dará motivo a la absolución. Más cuando el trastorno no procurado sea permanente, dará lugar a una medida de seguridad curativa. Todo lo que requiere de la prueba pericial que permita establecer si el agente obró con incapacidad de comprensión o de autodeterminación y en caso afirmativo, el carácter transitorio o permanente de la incapacidad.

## SECCIÓN TERCERA

### CULPABILIDAD COMO CONCIENCIA DEL INJUSTO Y EXIGIBILIDAD DE AJUSTARSE A LA NORMA

#### A. CONCIENCIA DEL INJUSTO

1. La esencia de la culpabilidad se reduce a la exigibilidad de autoajustarse a la norma penal. Sin embargo, según se desprende de la ley penal, la exigibilidad de acatar la norma penal proviene de dos categorías que alternamente conforman el primer componente de la culpabilidad. La primera es la llamada conciencia plena del injusto. Ella consiste en que el agente conozca la punibilidad del injusto que realiza dolosamente, o advierta o pueda advertir sin mayor esfuerzo las circunstancias que originan su deber de cuidado que viola, o la situación de peligro a la que está obligado a proveer. La segunda, alterna, radica en los motivos y situación que al realizar un injusto doloso, le permitan al individuo imaginarse sin mayor esfuerzo la punibilidad de su conducta.

A ellas se añade un componente negativo que reside en la falta de alguna causa legal que racionalmente haría inexigible al agente ajustarse a la prohibición penal.

2. Asimismo, el enunciado “conciencia del injusto” demanda esclarecer su sentido, ya que se le dan dos significados tratándose de delitos dolosos. En una primera acepción, la “conciencia del injusto” se emplea para referir el “efectivo conocimiento de la punibilidad del proceder”. Pero ella también se usa para designar “las circunstancias que permiten al agente imaginarse sin

467 Cabe señalar que en la perspectiva del artículo 51-I del CPC, la imputabilidad es presupuesto tan del dolo (capacidad de comprender la naturaleza de la conducta típica), como de la culpabilidad. Y es que sería absurdo conminar con penas y, más aún, aplicarlas, a quien al realizar el hecho fuera incapaz de comprender la naturaleza de su conducta y, por lo tanto, menos apto aún para entender la ilicitud de la misma. El hecho que así se realice —con incapacidad de dolo o de culpabilidad— podrá dar motivo a una medida de seguridad curativa, pero de ningún modo a una pena.

468 Procuraduría General de Justicia de la República, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, p. 494.

469 Véase a Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, op. cit., pp. 20 y ss., y a Jescheck, Hans-Heinrich, *Reforma del Derecho Penal en Alemania, Parte General*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976, pp. 42 y ss.

mayor esfuerzo la prohibición penal de su conducta, cuya punibilidad desconoce”, donde en sentido estricto no hay conciencia del injusto penal, pero que, de todos modos, tal extremo –alterno al primero– motiva la culpabilidad –aunque atenuada– de aquél.

Por lo que teniendo en cuenta el sentido «dual» asignado a la locución “conciencia del injusto”, cabe aceptarla con ese doble significado, dado su uso difundido.

## B. TIEMPO DE LA CONCIENCIA DEL INJUSTO

1. Ahora bien, ¿en qué momento ha de tenerse conciencia del injusto? Ella debe existir cuando se realiza la conducta típica, en tanto así se desprende de la interpretación en sentido contrario de la regulación del error de prohibición invencible –como contrapartida de la conciencia del injusto– en los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF que aluden “...al momento de realizar el hecho típico,...”, y cuando se “...realice la acción o la omisión...; así como del artículo 61-I de la Iniciativa, en cuanto refiere la conciencia del injusto “...cuando el agente realice la acción o la omisión”.

2. Asimismo, con base en los citados preceptos y ante las interrogantes de si ¿debe ser actual la conciencia de la punibilidad?, es decir, ¿debe tenerla presente el agente al momento de su conducta? ¿O es suficiente con que tenga conocimiento de la misma?, caben consideraciones análogas a las que se hicieron respecto al dolo. Y es que una cosa es que el individuo tenga presente la punibilidad de su conducta cuando la realiza, y otra es conocer dicha punibilidad.

3. De esa manera, queda sin sustento aducir que si la ley exige que el agente conozca el carácter penalmente prohibido de la conducta cuando la realiza, habría impunidad cuando tal conocimiento no sea actual. Esto es, cuando el agente no tenga presente la prohibición penal al transgredirla. Pues al razonarse de ese modo se confunde el conocimiento de la prohibición penal o los motivos para auto-deducirla sin mayor esfuerzo, con la actual representación de lo que se conoce o puede conocer. La ley exige el primero o los segundos, pero no la tercera. Lo necesario es que, al iniciar la ejecución del delito, el agente sí sepa de la prohibición penal o haya tenido motivos para sin mayor esfuerzo auto-deducirla, pero sin que sea imprescindible que esté pensando en ella.

4. Por último, es posible que el agente realice el injusto sin imputabilidad, porque se procuró dolosa o culposamente tal estado. Caso donde habrá una acción libre en su causa. Misma que se resuelve conforme a los artículos 15-VII-in-fine del CPF, 29-VII-in-fine del CPDF y 59-II de la Iniciativa, para atender al momento en el cual el agente se procuró dolosa o culposamente tal estado: no solo para sostener su imputabilidad, sino para decidir si actuó con conciencia del injusto, esto es, si en aquel momento la persona sabía o estaba en condiciones razonables de auto-deducir la prohibición penal de su conducta dolosa o culposa propuesta.

## C. CONTENIDOS DE LA CONCIENCIA DEL INJUSTO PENAL

1. Con base en los artículos 15-VIII-IX y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-IX y 83 del CPDF, y 60-A-1)-2) de la Iniciativa, se desprende que se exige como primera condición “alterna” de la culpabilidad en un delito doloso: 1) El conocimiento de la punibilidad de la conducta 2) O las circunstancias que racionalmente permitan al agente imaginarse sin mayor esfuerzo dicha punibilidad. Tan la una como la otra pueden ser materia de la conciencia del injusto penal. La primera constituyendo una conciencia plena del injusto penal (no atenuada). La segunda constituyendo una conciencia atenuada del injusto penal.

Exigencias que replantean el dogma de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. Este axioma podría ser válido en el Derecho Civil y Administrativo, pero sin mayor fundamento se le trasladó al Derecho Penal. Con ello se pasó por alto que el poder punitivo es la reacción más drástica del Estado ante las personas que “deciden” actuar contra las prohibiciones que aquél sanciona con pena.

2. Por ello, para imponerse una pena debe establecerse que la persona que realizó dolosamente un injusto, conocía de su prohibición penal o que sin saber de ella existían motivos que le permitían representársela sin mayor esfuerzo, y de igual modo ajustarse a la norma. El no admitirlo ha significado en el pasado que la pena se convierta en una ciega reacción estatal por cualquier acción ilícita de índole penal, sin importar si el agente sabía o tenía motivos para que se representara la punibilidad de su conducta. Lo que se agrava más si se considera que la reacción del poder penal, en la esfera estadística aumenta en las clases sociales vulnerables en el ámbito económico y cultural.

No puede ser justo un Estado que castigue con cárcel la ignorancia invencible de sus prohibiciones penales. Esto es, cuando la persona ni siquiera tuvo motivos que le permitieran figurarse la ilicitud penal de su conducta. Como tampoco lo sería el Estado que para punir desconozca la diferencia entre conocer la punibilidad de la conducta realizada, y cuando sin saber de ella cabía que el agente la imaginara sin mayor esfuerzo, “...de ahí lo inaceptable, a la luz de la C. –dice Nieto– de los sistemas de responsabilidad objetiva”.<sup>470</sup>

## E. ¿CONCIENCIA DE “ILICITUD” O DE “PUNIBILIDAD” DE LA CONDUCTA?

470 Nieto Martín, Adán, El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error, Barcelona, Editorial Atelier, 1999, p. 34.

1. Por otra parte, cabe preguntar ¿si para sostener la conciencia del injusto en un delito doloso, bastará que el agente conozca o pueda imaginar sin mayor esfuerzo la ilicitud de su conducta? O bien, ¿si para sostener la conciencia del injusto en un delito doloso será preciso que el agente conozca la punibilidad de su conducta o pueda imaginar sin mayor esfuerzo la ilicitud de su conducta?

2. La respuesta afirmativa a la segunda interrogante no merece duda a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Iniciativa, pero no parece tan clara a la luz de artículos 15-VIII-B) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF, en cuanto disponen la exclusión del delito: "...cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible...respecto de 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”.

#### I. La postura que niega la “conciencia de la punibilidad” del injusto, como elemento de la culpabilidad

1. Nieto Martín observa que el conocimiento de la punibilidad de la conducta carece de importancia en el código penal alemán. En tanto en él es potestativa la atenuación de pena por un error vencible de prohibición. Aunque respecto a la legislación española, Nieto apunta que “...la discusión es mucho más relevante para nuestro derecho penal, ya que los errores sobre la punibilidad darán lugar siempre a alguna atenuación”.<sup>471</sup> Lo mismo sucede en la ley penal mexicana. Y aun así Nieto Martín matiza su postura en el sentido de que:

“...la diferencia valorativa esencial a efectos de merecimiento y necesidad de pena, no se encuentra en la contraposición pena-resto de sanciones del ordenamiento jurídico, sino en si las sanciones son aflictivas o reparadoras; “...sólo en el supuesto de sanciones aflictivas –añade Nieto Martín– la norma jurídica está verdaderamente interesada en impedir a toda costa ese tipo de conductas antijurídicas. Por el contrario, en el supuesto de sanciones reparadoras, la pretensión de la norma es devolver la situación a su estado original”.<sup>472</sup>

2. Con base en ello, Nieto niega que el error sobre la punibilidad de la conducta pueda tener trascendencia para excluir la pena, cuando el agente reputa que su conducta está conminada con una sanción aflictiva no penal, creencia que sólo motivaría una atenuación de pena. En otras palabras, Nieto da mérito a la ignorancia de la punibilidad de una conducta que se reputa está sancionada aflictivamente, sólo para atenuar la pena, pero no para excluirla, ni siquiera cuando para superar aquella ignorancia se requiriera un esfuerzo considerable.

3. Con ese criterio Nieto Martín adopta una postura similar, pero menos severa que la de Roxin, quien sólo concede relevancia al error de prohibición cuando el agente no sabe que la conducta está prohibida, pues en caso contrario, es decir, cuando aquél sepa que su conducta está prohibida, aunque ignore su índole penal o requiera un mayor esfuerzo para superar ese desconocimiento, se configuraría la plena conciencia del injusto y no habría error de prohibición, ni siquiera vencible.<sup>473</sup> Para sustentar su aserto Roxin da dos razones:

“...el ciudadano corriente identifica casi siempre prohibición con prohibición penal y porque una vez que se conoce la prohibición de un comportamiento, ello debe ser suficiente para motivarse conforme a Derecho, en tanto que, si aquello es conocido, el resto sólo son especulaciones sobre la mera impunidad que no merecen ninguna atenuación”.<sup>474</sup>

En suma, tanto a Roxin como a Newman –según señala Felip i Saborit<sup>475</sup>, les basta para que haya plena conciencia del injusto, que el agente “...valore el hecho como prohibido, por lo que sería intrascendente que aquél estime que su conducta sólo ameritaría sanción civil”.

#### II. La postura que afirma la “conciencia de la punibilidad” del injusto, como elemento de la culpabilidad

1. Ciertamente, contra lo expuesto está la opinión contraria –a la que se adhiere el Proyecto–, en el sentido de que el examen no solo versa en determinar si hubo o no conciencia de la ilicitud o prohibición de la conducta, como tampoco basta que el agente tenga idea de que su proceder merece alguna sanción aflictiva, en tanto es preciso que aquél sepa que su proceder es punible. En otras palabras, lo que el agente debe conocer o estar en condiciones de representarse sin mayor esfuerzo, es la punibilidad de la conducta que realiza, y no nada más creer que ella es ilícita o sancionada en una norma no penal. Ello es así por las razones siguientes:

Primera. El legislador nada más prohíbe ciertas conductas cuya lesividad es socialmente valorada de tal gravedad, que estima necesario conminarlas con penas. La prohibición y castigo de conductas ilícitas de otro orden se logra con la amenaza estatal de imponer sanciones diversas a las penales. De ignorar esa diferencia, se desatenderá el carácter fragmentado del poder penal y el principio de necesidad de la norma penal para disuadir ciertas afectaciones a bienes jurídicos.

471 Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 101.

472 Idem, p. 102

473 Nieto Martín, Adán, idem, p. 103.

474 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...*, op. cit. pp. 866 y ss.

475 Felip i Saborit, David, *Error iuris, el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Barcelona, Editorial Atelier, 2000, pp. 116 y ss., véase también a Nieto Martín, Adán, op. cit., nota, pp. 98 y ss.

Por lo que, si sólo se conmina con pena en casos indispensables de lesividad significativa, para “motivar” de manera enérgica a las personas a que se ajusten a la prohibición penal y proteger así cierto bien jurídico, luego, la especial función motivadora-preventiva de la amenaza de pena quedaría en nada, si luego se le desatendiera, para sólo enfocar la mira al carácter prohibitivo –o aflictivo– de las normas, a pesar precisamente de su relieve penal. Y es que cuando el ciudadano actualiza un tipo penal injustamente, debe saber que desobedece precisamente una norma prohibitiva penal y no cualquier otra norma.

Segunda. Ello se refuerza, porque toda norma penal –deducida de los tipos penales– tiene una función motivadora, cuyo fin es instar enérgicamente a las personas a acatar la conminación penal. Y a tal grado interesa al Derecho esa especial llamada de ajuste a la norma, que la enfatiza con amenaza de pena sólo para quienes deban arreglarse a la prohibición porque conozcan o estén en condiciones de motivarse según el alcance penal de la norma prohibitiva del tipo.

De ahí que sea un contrasentido sostener que para punir a quien concretó un tipo penal, bastaría con que supiera la prohibición de su conducta o que estaba sancionada aflictivamente, pero no necesariamente con pena, desatendiendo así la llamada especial de las normas penales deducidas de los tipos, cual es conminar con pena a los individuos para que se inhiban de realizar las conductas previstas en aquellos. En otras palabras, se trata de que el ciudadano sepa o haya motivos para que se imagine sin mayor esfuerzo la punibilidad de su conducta, y no que crea que viola alguna otra norma no penal.

Es cierto que puede argüirse que en los códigos penales se establecen como penas muchas sanciones que no se diferencian en su nombre y naturaleza material, de las contempladas en otras leyes para infracciones en otras materias del Derecho. Así sucede con la multa y la pérdida, suspensión o limitación de ciertos derechos, pues, aunque se instituyen para ciertos delitos, también se consignan para infracciones civiles o administrativas.

Sin embargo, las penas privativas de la libertad sí son propias de las normas penales. Y todos los delitos ya ameritan desde el inicio del proceso penal, que ocurran restricciones a la libertad del sentenciado. Por ello, en tanto las conminaciones penales conllevan secuelas restrictivas de la libertad, con las que se pretende disuadir las conductas que prohíben con pena: la especial función preventiva y motivadora de esas normas prohibitivas penales quedaría en nada, si fuera intrascendente para decidir la conciencia del injusto, que la persona no supiera, o no estuviera en condiciones de imaginarse fácilmente que por su conducta se le afectará su libertad.

Tercera. El que deba examinarse si el agente conocía o tuvo motivos para representarse fácilmente el alcance penal de su conducta, se confirma con la garantía de legalidad en los delitos y las penas del artículo 14 C. De ella se deriva la exigencia de certeza de las normas penales, para que puedan ser conocidas y acatadas.

A dicha indemnidad se le restaría tal sentido, si no interesara el conocimiento exigible del alcance punible del hecho, por parte del agente. Desatendiéndose el fin motivador de la norma penal, que funciona ante el individuo que esté en condiciones de representarse la punibilidad de su conducta; más aún, cuando se trata del gobierno de la esfera de libertad de las personas, misma que sólo se les privará si infringen una norma penal ínsita en un tipo, y no alguna otra, aunque sea prohibida, pero sancionada con medidas que no afectan la libertad.

En suma, si las personas tienen un amplio marco de libertad dentro del cual han de comportarse responsablemente, con distintos efectos si el injusto que lleguen a realizar es o no penal. Sea pues debido al alcance penal de la norma prohibitiva por el que se motiven a ajustarse a ella. Así, las razones del legislador para prohibir penalmente conductas en la ley, y la exigencia de certeza de los tipos penales descritos en aquélla, hacen necesario que el alcance penal del injusto pueda autodeducirse por quienes concreten un tipo penal.

2. Adán Nieto Martín cita a Schroöder como principal defensor de esa tesis en Alemania, quien sostiene:

“...la pena no es una consecuencia jurídica más, sino que expresa un especial juicio de desaprobación sobre la conducta del agente, respecto del cual él ha de conocer o poder conocer, más aún, cuando desde el punto de vista preventivo la pena carece de sentido para quien no conocía la punibilidad de su conducta”.<sup>476</sup>

3. Postura a la que se afilia David Felip i Saborit en España, en tanto él sostiene, entre otros argumentos:

“La definición como delito de un hecho tiene un grave efecto estigmatizador de dicha conducta –y del propio autor– y abre las puertas a una intervención estatal de gran intensidad y de carácter altamente personal –no sólo mediante la pena sino también mediante el proceso–. Desde una perspectiva motivacional todo ello no es un simple aditivo, un aspecto secundario, puramente accesorio que refuerza el carácter prohibido del hecho. Privar a la prohibición de todo ese contenido de sentido

cuando un individuo debe administrar racional y responsablemente su esfera de libertad personal es empobrecer la función de motivación de la norma penal”.<sup>477</sup>

4. En igual línea de pensamiento se inscribe Bacigalupo en la misma España. Nieto Martín apunta que Bacigalupo menciona que a Hegel y a Kant les era suficiente el conocimiento de la ilicitud de la conducta, en virtud de que esa idea era oriunda del idealismo alemán que se asumió por el positivismo jurídico. Para ambos autores –dice Bacigalupo–:

“...el saber que el hecho estaba castigado no podía tomarse en cuenta para fundar la obligación de acatar la norma. El simple conocimiento del deber es lo que determinaría su acatamiento por parte del hombre racional. El requerir el conocimiento de la amenaza de pena –vendría a decir Hegel– supone equiparar al hombre como un perro, al que se le asusta con un bastón. El ser racional no actúa de una forma determinada por miedo a la amenaza, sino simplemente porque conoce el deber”.

Mas este rechazo al conocimiento de la punibilidad que proviene de las teorías absolutas de la pena, supone para Bacigalupo una confusión entre Derecho y moral. Él apunta:

“Quizá en tiempos de Hegel y Kant, orden jurídico y moral se solapaban, por lo que del deber moral podía derivarse el deber de cumplir con el Derecho. Sin embargo, este planteamiento no tiene cabida en la sociedad actual moralmente plural”.<sup>478</sup>

Bacigalupo da otra razón: el principio de legalidad.

“... El individuo no sólo debe saber desde el principio lo que está prohibido penalmente, sino también con qué pena se le amenaza. El principio de legalidad requiere del conocimiento de la punibilidad para afirmar la culpabilidad”.<sup>479</sup> [Y es que] “... sólo se justifica la intervención del Estado frente a un autor que sea capaz de reaccionar ante la amenaza de una pena”.<sup>480</sup>

5. ¿Cuál es la solución correcta con apoyo en la legislación penal mexicana? Como ya se dijo, los artículos 15-VIII-B) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF disponen la exclusión del delito: “...cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible...respecto de 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”.

Por lo que es claro que el CPF y el CPDF dan relevancia al error de prohibición no sólo cuando al realizar la conducta se ignore la existencia de la ley, sino también cuando se desconozca su alcance. Esto significa que si una persona cree que su conducta (típica penal) sólo motiva una sanción civil o administrativa cuando en realidad “alcanza” pena, luego, aquélla desconozca el “alcance” de su infracción y, por tanto, sea presa de un error de prohibición (al ignorar la norma prohibitiva penal inferida del tipo), mismo que si es invencible excluye al delito.

Por tanto, que en el CPF y el CPDF se incluya como error de prohibición al desconocimiento del “alcance” de la ley, es claro referente de que en esos códigos sí se otorga trascendencia al conocimiento del alcance “penal” de la conducta, para decidir la conciencia del injusto.

Ello lleva a afirmar que, si el agente no sabe que su conducta le merece pena, aunque sepa o crea que le depara consecuencias jurídicas adversas de otro orden –no penales–, de entrada, amerita un error de prohibición que habrá de tomarse en cuenta para decidir si el mismo fue o no invencible, pues de serlo se excluye el delito. Y en caso de que el error sea vencible, aunque habrá culpabilidad, el marco punible del delito se atenúa en la medida que dispone la propia ley.

6. Sin que en esos casos quepa excluir el error de prohibición con el argumento de Roxin, de que, si se conoce la prohibición, ya no puede haber confusión acerca de ella. Porque con ello se elude el punto toral: saber el “alcance” de la prohibición. Aquel criterio podrá ser válido según el Derecho Penal Alemán, al ser potestativa la reducción de pena por error de prohibición. Pero no lo es en el Derecho Penal Mexicano, donde desconocer el «alcance» de la ley se concibe en la propia ley penal como error de prohibición que al menos amerita atenuación del marco legal de punibilidad. De aquí que si el agente desconoce el alcance penal de su conducta que sabe prohibida, a lo sumo se hará acreedor a una punibilidad atenuada por error vencible de prohibición conforme a los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF.

### III. El conocimiento del injusto en los delitos culposos

1. La excepción que hasta aquí cabría sostener (en el Proyecto de manera expresa), será en los delitos culposos. En éstos es innecesario que el agente sepa o pueda saber el relieve penal de su conducta, pues basta que “...conozca o pueda advertir sin mayor

477 Felip i Saborit, David, *Error iuris, el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Barcelona, Editorial Atelier, 2000, p. 116.

478 Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, pp. 160-163, citado por Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 97.

479 Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, pp. 168, citado por Nieto Martín, Adán, op. cit., p. 97.

480 Ídem., op. cit., pp. 97 y 98.

esfuerzo las circunstancias que originan su deber de cuidado o la situación de peligro a la que esté obligado a proveer”. En caso contrario la conducta se disculpa: así, el forastero que conduce su coche de noche, sin autos a la vista, y al entrar a un área de velocidad restringida excede la permitida, lo que motiva que su carro se vuelque dañando la carpeta asfáltica, más sin que pudiera ver las señales limitantes de velocidad al estar derribadas y él mantenía la velocidad permitida para el libramiento en general.

2. Al respecto, ya se señaló que la culpa –como elemento normativo del tipo culposo– se informa de la violación de un deber de cuidado a través de un juicio ex-ante, formulado de acuerdo con las circunstancias del caso y demás baremos de la culpa. Lo cual es distinto a que sea culpable aquella conducta violatoria, dado que la culpabilidad en un delito culposo se decide mediante un juicio ex-post. Mismo que respecto a la concreción de un tipo penal culposo se formula atendiendo a las circunstancias del caso “conocidas” por el agente o que él “pudo conocer sin mayor esfuerzo” y por las que «le» era fácilmente previsible el resultado.

Dicho en otras palabras, es diferente realizar una conducta por la cual sea previsible un resultado (juicio ex ante), a que el resultado “le” sea previsible al agente según las circunstancias conocidas por él (juicio ex post). Por ejemplo, en un juicio ex-ante son previsibles los daños por alcance, si el agente hace alto cuando maneja un coche sin sus luces traseras. Mas si las luces fallan durante la marcha sin que el sistema avise al conductor, lo que motiva un alcance cuando aquél frena, es claro que faltaban las condiciones para que se percatara del desperfecto y, por ende, en un juicio ex-post, al agente no le era fácilmente previsible dar pie al daño por dicha falla. El sujeto habrá actuado culposamente y, sin embargo, inculpablemente.

Asimismo, es normalmente previsible que se cause un daño a terceros si no se respeta la señal de alto de un crucero cuya vía tangente es libre y preferente, y si por ese motivo el agente colisiona con un carro, concretará el tipo penal culposo de daños. Pero ello es distinto a que el agente se encuentre en condiciones de conocer el deber de cuidado al existir por su carril una señal visible de alto en el crucero, colocada en lugar adecuado. Pues si así fuera, esas condiciones tan «le» hacían previsible causar daños si las desatendía, como «le» hacían posible evitarlos observando aquéllas. El primer aspecto de la valoración constituye así fundamento para configurar el tipo penal culposo. El segundo es decisivo para sostener la «culpabilidad» del agente en la concreción del tipo penal culposo.

Ya que si el agente no estuvo en condiciones razonables de conocer el deber de cuidado o ellas le dificultaban enterarse del mismo porque un matorral obstruía la visibilidad de la señal de alto, impidiéndole percatarse de la misma, transitaba por una arteria de libre circulación y por ser foráneo u otra circunstancia no sabía que la tangente era dominante y ningún dato le indicara esa preferencia, aunque el tipo culposo se integre, de todas suertes la conducta debe estimarse inculpable, dado que al agente le requería un esfuerzo mayor prever el resultado.

3. Así las cosas, en los delitos culposos serán materia de la culpabilidad, el conocimiento por el agente de las circunstancias concurrentes al evento concreto, o que en ese lance él pudo conocer sin mayor esfuerzo, a efecto de observar el deber de cuidado que violó.

#### IV. Conclusiones

1. En suma, sólo si el agente sabía la punibilidad de su conducta típica dolosa o tenía motivos para imaginársela sin mayor esfuerzo, o bien si conocía las circunstancias constitutivas del deber de cuidado que contrarió en un delito culposo o pudo percatarse de las mismas sin mayor esfuerzo, podrá imputársele que no se ajustó a la norma. Más sin que ello baste para afirmar la culpabilidad en todos los casos, porque aún cabe que al agente le fuera inexigible ajustarse a la norma en virtud de otras circunstancias, como sería por un estado de necesidad inculpable. Por ejemplo, el agente que mata una persona, porque de no hacerlo se le matará, o cuando por igual coacción se pasa un alto, pero se impacta con otro vehículo.

2. Por lo demás, a la luz del CPF, el CPDF y el Proyecto, no convencen las razones de Roxin para desestimar que el objeto del conocimiento del injusto en los delitos dolosos debiera ser la punibilidad de la conducta, pues bastaría que el agente pueda conocer la prohibición de lo que hace. Pues, aunque es cierto que, si el agente sabe que su conducta a realizar está prohibida, ello debiera motivarlo a inhibirse e indagar sobre el posible relieve penal de la misma, lo cual reduce el margen para un error vencible de prohibición.

De todos modos, no parece racionalmente nada claro, que, si alguien sabe que su conducta está prohibida, ya necesariamente implicaría que sepa que está penalmente prohibida. Ni menos que pensar lo contrario serían meditaciones sin base real y sin que cupiera el error.

3. Tampoco persuade el criterio de Martín Nieto –que en parte emula al de Roxin y Newman– en el sentido de que, si una persona sabe que su conducta amerita sanción afflictiva, pero ignora su alcance penal, aquello ya originaría un error vencible de prohibición. Con lo que se llegaría a la conclusión de que tal dato imposibilitaría la invencibilidad del error, predeterminando necesariamente la punición, aunque atenuada, salvo que concurrieran otras circunstancias que volvieran inexigible la conducta.

Sin embargo, no siempre habrá error vencible de prohibición cuando el agente sepa que su conducta está conminada con una sanción afflictiva, pero ignore su relieve penal, porque aún es posible que tal error sea invencible y se excluya el delito. Así sucederá cuando el agente no haya estado en condiciones de conocer con facilidad el alcance penal de su conducta ni, por ende, de

motivarse según una prohibición de tal índole. Criterio que se apoya en los artículos 15-VIII-B) del CPF, 18-VIII-b) del CPDF, y 60 a 63 de la Iniciativa, que permiten concebir un error invencible de prohibición, cuando se sabe que la conducta está sancionada, pero se desconoce su alcance por ignorarse que está prohibida penalmente.

4. Por ejemplo, la madre pobre que carece de abogado y cree que sólo incumplirá una resolución judicial que le originará multa y el uso de la fuerza pública para quitarle a sus hijos, lo que ella cree inminente, por lo que se los lleva luego de notificársele el divorcio y pérdida de la patria potestad de los pequeños, y de requerirla a entregarlos al día siguiente al padre. (Artículo 319 del CPC.)

Los adúlteros que a petición del cónyuge ofendido llegaron de otro Estado, pernoctaron y se divertieron como amantes en un hotel concurrido por personas del medio social de aquél, quien les hizo acudir con la promesa que firmaría la demanda de divorcio, creyendo el infiel que su conducta solo daría pie a un divorcio necesario, pues vivía en un Estado donde el adulterio no era delito.

La madre de la divorciada que vive en condiciones económicas marginales y roba dinero al ex-cónyuge de su hija, con el objeto de cubrir las obligaciones alimentarias de él para con sus hijos, creyendo que tal conducta deja de ser punible porque hace posible el cumplimiento de obligaciones familiares, cuando el otro no las ha satisfecho por negligencia o mala fe. La persona casada que contrae nuevas nupcias creyendo que su conducta, aunque ilegal, no sería delito, porque el otro cónyuge antes hizo lo mismo.

5. En todos esos eventos los agentes tenían conciencia de la ilicitud de su conducta, pero creían que no era punible. ¿Acaso por ello habría siempre de desecharse la invencibilidad del error y punirse su conducta, aunque atenuadamente, sin importar otras consideraciones? No en un concepto racional. Pues, aunque es cierto que —según las razones de Nieto— podría responderse que al menos en el caso del cónyuge infiel, éste no tenía conciencia de una prohibición cuya infracción ameritara sanción aflictiva, sino sólo reparadora —el divorcio necesario—, y que por ello podría admitirse un error vencible de prohibición.

Aun así, en el Derecho Penal mexicano es posible un error invencible de prohibición, aunque se sepa de la prohibición de la conducta, si es que la persona ignora el alcance penal de aquélla y faltan condiciones que le permitan sin mayor esfuerzo representarse tal alcance (que así deviene invencible). Así sucede en los dos primeros casos. Y aunque parecería que el error sería vencible en el robo para alimentar a los nietos y en la bigamia por la ignorancia de su ilicitud penal porque el otro cónyuge ya hizo lo mismo. Aun así, habrá que atender si las personas, según sus condiciones y circunstancias, tenían motivos para representarse el relieve penal de su conducta, o por el contrario los tenían para creerla justificada, para que pueda o no serles exigible observar la norma.

6. Porque no se excluye la exculpante por error invencible de prohibición, cuando el agente no haya tenido motivos para imaginarse la índole penal de su conducta. Y es que el primer componente de la culpabilidad, como conciencia del injusto, puede fundarse: 1) En el conocimiento efectivo de la prohibición penal. 2) O en el conocimiento exigible de la misma: cuando según las condiciones del agente y las circunstancias del caso, aquél haya tenido al menos un motivo para representarse sin mayor esfuerzo el alcance penal del injusto, lo que ya implica un error de prohibición vencible. Pero no cuando falten motivos por los cuales debiera informarse del alcance de la ley o en su caso, hayan concurrido circunstancias que le requieran un mayor esfuerzo saber la punibilidad de su proceder.

7. En suma, ignorar el alcance penal de la conducta, aunque se sepa ilícita, determina el error de prohibición y, por tanto, dentro de él hay que examinar si es vencible o invencible. Si el error es vencible sólo dará pie a una punibilidad legalmente atenuada conforme a los artículos 66-in-fine del CPF, 83-párrafo-segundo del CPDF y 63 de la Iniciativa, si es que no concurrieron otras circunstancias que racionalmente le volvieran inexigible al agente ajustarse a la norma. Más si el error de prohibición es invencible, el delito se excluye de acuerdo con los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VIII-b) del CPDF y 61-I de la Iniciativa.

De todas suertes hay que tener presente cuando se ignora la prohibición de la conducta. En tales casos el agente no sabe que su conducta es ilícita. Ello posibilita el error invencible con mayor razón, que cuando solo se sabe de esa ilicitud, pero se desconoce su alcance penal. Problema sobre el que se volverá más adelante.

8. También cabe apuntar que para que se satisfaga la conciencia del injusto penal en cualquiera de sus dos grados, es preciso que aquélla se extienda a la totalidad de las normas que viole la persona. Ello tiene importancia en tanto el agente debe saber la relevancia penal de las diversas normas que trasgrede en virtud de un concurso ideal de delitos. Si el individuo sólo puede captar la relevancia penal de su conducta en relación con uno de los delitos aparentemente concursantes, pero no así respecto del diverso hecho penalmente prohibido que la misma conducta realiza, respecto a este último habrá un error de prohibición, sobre el cual habrá de plantearse si fue o no vencible, porque si fue invencible se excluye el delito, así como el supuesto concurso de delitos.

#### F. BAREMOS PARA DECIDIR LA CONCIENCIA DEL INJUSTO

1. ¿Con base en qué pautas ha de establecerse que el agente sabía el alcance penal de su conducta típica dolosa, o en defecto de ese conocimiento, que cuando la realizó pudo motivarse sin mayor esfuerzo conforme a la prohibición penal? cuestión

ésta última que ya apareja un error de prohibición. Para ello, son indicadores: la naturaleza del delito, las circunstancias que hayan precedido y concurrido al hecho y las condiciones del agente, tanto para establecer su conciencia del alcance penal de su obrar, o bien, si tuvo motivos para imaginarse la índole penal del mismo, o que le permitían percatarse sin mayor esfuerzo que su conducta no estaba justificada.

2. En cuanto a los CPF y CPDF, en sus respectivos artículos 15-VIII-b) y 29-VIII-b), se alude al error de prohibición invencible y en los artículos 66-in-fine y 83-párrafo-segundo se fija un marco punible atenuado para el error de prohibición vencible, sin embargo, ninguno señala en qué consiste la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición. Vacío que puede resolverse acudiendo a las pautas de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF que regulan la inexigibilidad de otra conducta, pues el delito se excluye si "...atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

Por tanto, aunque el error de prohibición se vincule con el primer componente de la culpabilidad –conciencia del injusto–, dejando en reserva otras condiciones que aún tuvieran que resolverse según la exigibilidad de ajustarse a la norma (como módulo último de la culpabilidad). Ello no obsta –sino que impele– para que los indicadores de ese último componente en los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, que regulan la inexigibilidad de otra conducta, sirvan de baremos para resolver la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición.

Y es que una vez que se resuelve que hubo error de prohibición porque el agente ignoraba la punibilidad de su conducta o creía que la misma era lícita; o ilícita, pero no punible, la clave estriba en decidir si aquél estuvo o no en condiciones que le permitían saber sin mayor esfuerzo la prohibición penal de su obrar, para resolver si su error era vencible o invencible. En el primer caso de error de prohibición vencible, el agente será culpable, aunque con punibilidad atenuada; en el segundo evento de error de prohibición invencible, el agente será inculpable y se excluirá el delito.

3. En tal virtud, el examen de los datos por los que se asuma que el individuo se condujo o no con conciencia del injusto penal que realizó, cabe hacerlo con baremos acordes con garantías y derechos. Lo que implica tener en cuenta a la naturaleza del delito que se trate y, en su caso, a la claridad del tipo penal concretado para resolver los eventos de cuando el agente dudó. Y, asimismo, atender a sus condiciones personales y a las circunstancias que concurrieron al hecho, para decidir si sabía la punibilidad de su obrar, o en su defecto, si había condiciones razonables para que aquél –y no la persona promedio– imaginara con o sin mayor esfuerzo la prohibición penal de su conducta.

Cabe examinar esos baremos:

#### I. Naturaleza del delito y claridad comunicativa del tipo penal

1. Toca primero resolver la naturaleza del delito. Al respecto Welzel destacó que las conductas prohibidas de algunas normas penales representan afectaciones intolerables que se aprenden por la convivencia en sociedad y que todo mundo conoce.<sup>481</sup> Por lo que solo cabría suponer su desconocimiento –según una expresión peculiar de Jakobs– "...si el individuo proviene de una cultura "exótica".<sup>482</sup> La jurisprudencia española llama delitos naturales a esa constelación de tipos penales, según relata Adán Nieto Martín.<sup>483</sup> Frente a los delitos naturales formarían fila los llamados delitos convencionales o artificiales. Así –prosigue Welzel– hay otros tipos penales "...en los que la administración, el orden y la eficacia de la actividad estatal son el interés protegido. El merecimiento de pena es, en estos casos, obra exclusiva del Derecho".

2. En tal orden de ideas cabe preguntar: ¿Hay otros criterios para decidir cuáles son los delitos artificiales –y que Welzel llamó convencionales– en contraposición a los naturales? Felip i Saborit y Nieto Martín dan buena cuenta de los diferentes pareceres en la doctrina.<sup>484</sup> Ellos van desde dichas clasificaciones, hasta las de derecho penal nuclear y accesorio. Los delitos del código penal pertenecerían al derecho penal nuclear y en el accesorio estarían los de leyes especiales. Pasando por las opiniones que excluyen del nuclear a los delitos que tengan una estructura típica complicada o su conocimiento no esté bien difundido en el público. O sólo incluyan como delitos naturales a los que afecten a bienes individuales, así como aquellos proceder que la generalidad considera delito.

3. No hay pues un criterio definitivo y quizá no tendría por qué haberlo. Mas lo que sí parece claro es que hay delitos que todo mundo identifica como tales (homicidio, lesiones, robo, secuestro, violación, y otros señalados en el artículo 20 C., por ejemplo), y no solo por su nombre, sino porque la realización material de la conducta a cualquiera le es evidente que es punible. Muñoz Conde apunta: "...la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo

481 Cit. por Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., pp. 116 y ss.

482 Cit. por Nieto Martín, Adán, *idem*.

483 Nieto Martín, Adán, op. cit., pp. 80 y ss.

484 *Idem*.



prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión, sea uno de esos fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el derecho penal”.<sup>485</sup>

4. Sin embargo, hay otros tipos penales cuya descripción es abierta o embrollada, o cuya persecución como delitos es poco común o su aplicación muy especializada, o su existencia como delitos es poco difundida. Asimismo, hay tipos penales en los que no es evidente la lesividad de la conducta que describen, y otros que en amplios sectores sociales se desconoce que su concreción sea delito. Igualmente, hay tipos penales en los que falta un criterio emitido por autoridad judicial competente que clarifique su redacción laxa o complicada, o en los que existen opiniones judiciales contradictorias sobre su concreción. Y finalmente, hay también ciertas conductas típicas que por lo general se identifican como punibles, pero que se realizan en circunstancias inusuales.

5. Por ende, cuando la conducta de que se trate todo mundo la identifique como punible, o los tipos penales estén ampliamente divulgados, o las conductas que los actualizan se difundan con frecuencia en los medios, o sea evidente la gravedad de la conducta lesiva que de ordinario se considera punible: será difícil aceptar un error de prohibición que resida en la ignorancia de la punibilidad de la conducta, salvo cuando la situación concreta aparente los presupuestos de una causa de justificación, o en el caso concurren circunstancias extraordinarias que favorezcan confusión o un error acerca del alcance penal de la conducta.

Pero no sucede lo mismo con los delitos no difundidos y que se persiguen escasamente, al igual que con los delitos que adolecen de un tipo penal abierto o intrincado, o en los que la lesión al bien jurídico no es claramente identificable o la misma no es apreciada con trascendencia penal por amplios sectores de la sociedad. Porque respecto de ellos, cuando el agente no supiera la prohibición penal de su obrar, pero tuvo motivos concretos para que se representara que su conducta era punible, será condición de su conciencia (atenuada) del injusto penal realizado. Así Welzel señaló “...sólo existirá un error vencible como consecuencia de la falta de información, si las concretas circunstancias del hecho daban al autor alguna razón para informarse de su punibilidad”.<sup>486</sup>

## II. Determinación de la conciencia del injusto penal, según las condiciones personales y circunstancias concurrentes al hecho

1. La problemática del conocimiento de la prohibición penal de la conducta se centra pues, en delitos en los que no es evidente que cualquiera apreciaría la conducta como punible, y que muchos no la identifican como estereotipo de un injusto penal, así como en los no difundidos ni usualmente perseguidos, o que generen duda de que la conducta sea punible debido al texto abierto o confuso del tipo, o bien el desconocimiento se motive porque no es perceptible la lesividad de la conducta o se crea que es de índole no penal, o haya habido presiones motivacionales que le dificultaran al agente informarse del alcance penal de su conducta. Frente a estos casos se alza una teoría del error que se erige en valladar ante pretensiones irracionales de una culpabilidad penal.

2. Respecto de esos grupos –y según Welzel–, si falta algún motivo razonable concreto por el cual el autor habría de informarse sobre la ilicitud [penal] de su conducta a realizar, habrá error de prohibición invencible.

Tal criterio aporta una respuesta satisfactoria, aunque dejaría sin resolver con qué pautas habría de fijarse aquel motivo. Es decir, cuándo sería razonable que por cierto motivo el autor habría de informarse sobre el alcance de su conducta a realizar, evento en el que –salvo ciertos casos que más adelante se expondrán–, no habría un error de prohibición invencible. ¿Será desde el punto de vista de que el motivo sea reconocido por el autor o será suficiente que sea identificable objetivamente? De ser así, ¿con qué baremos impersonales se habría de establecer dicho motivo como razón suficiente para informarse?

3. Welzel pretendió resolver estos planteamientos atendiendo a la medida general de apreciación ético-social de las personas. Remedio al cual se le criticó su confusión entre Derecho y moral y a que en ciertas ocasiones la conciencia del ser humano puede ser la fuente del error. Lo que llevaría a la impunidad o bien a castigar al agente por no compartir el sentimiento ético-social comunitario. Asimismo, un criterio puramente subjetivo parecería conllevar el riesgo de favorecer a los despreocupados que no se representen la posibilidad de actuar contra la norma, frente aquellas personas escrupulosas para ajustarse a la misma.

4. Más por otra parte, un criterio normativo apoyado en prevenir afectaciones a bienes jurídicos –aunque pretende resolver defectos de la postura individual– desatiende que las condiciones del agente y el entorno en que se condujo son decisivas para evitar las generalizaciones de un análisis normativo-preventivo, mismo que ha de ajustarse a una culpabilidad en el hecho. Por ende, debe atenderse a un juicio heterónomo para decidir sobre el motivo por el que sería razonable que el sentenciado se informara y por tanto se inhibiera, impidiendo así el error invencible de prohibición.

Para ello es válida la pauta de Rudolphi –quien, según Nieto Martín– se basa en la capacidad del agente –según sus condiciones– para auto-deducir en cada caso, la ilicitud penal de su conducta, pero también considerando –se añade por nuestra parte–, las circunstancias que le facilitaban o no saber de tal ilicitud.

485 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, segunda edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., p. 131.

486 Welzel, cit. por Nieto Martín, Adán, en op. cit., p. 117.

5. Así pues, para fijar la conciencia plena o atenuada del injusto, o descartarlas, cabrá atender a los baremos siguientes:

1) Si se trata o no de un delito ampliamente divulgado, o si es o no evidente la lesividad de la conducta del agente, cuyo alcance penal cualquiera –o no cualquiera– apreciaría.

2). Enseguida atender a la capacidad del agente para auto-deducir la prohibición penal de su obrar, según sus condiciones y el entorno en que se condujo.

3) Y en el mismo contexto: examinar si hubo o no motivos para que el agente se representara el alcance penal de su conducta a realizar y, en su caso, si le surgió o no duda de ello.

4) Y si el agente tuvo duda sobre la índole penal de su conducta, ver si estuvo o no en una situación que le facilitaba informarse, así como ver si era o no fácil disipar la duda.

5. Se explican más esos puntos.

El primero. Cuando se trate de un delito no difundido, o que se persiga escasamente, y si según el entorno en que se condujo el agente, difícilmente éste hubiera auto-deducido la ilicitud penal de su conducta en la situación en que la desplegó y sin que la lesión al bien jurídico haya sido evidente, ni estimada comúnmente como delito, de tal modo que no se advierta algún motivo por el que el agente supiera o se imaginara la prohibición penal de su conducta, se tendrá que sostener un error invencible de prohibición, por la imposibilidad de establecer racionalmente que había condiciones para que el sentenciado se auto-motivara sin mayor esfuerzo conforme a la prohibición penal de la norma.<sup>487</sup>

El segundo. Para afirmar que el error es vencible será incorrecto aducir la posibilidad abstracta de informarse, en tanto es preciso que haya motivos concretos por los que cupiera que el agente imaginara la punibilidad de su obrar, o le surgiera al menos duda del alcance penal de su conducta, que no descartó. Pues no hay por qué atribuirle culpabilidad, si el mismo no dudó –y no según la persona “promedio”, a menos que se le responsabilice por lo que otros podrían haber hecho, y no por lo que él no pudo hacer–. Como tampoco cabe imputar culpabilidad al agente cuando no sea evidente que cualquiera identificaría como delictuosa la lesividad de su conducta.

Si se desestiman esos puntos de vista, la culpabilidad se fundará en la capacidad de otros y no en una decisión responsable del agente en virtud de un motivo suficiente por el que cabía se representase la punibilidad de su conducta a efecto de inhibirla. Ello es así, dado de que todo individuo posee la posibilidad para actuar en una u otra dirección. Por lo que, si no hay un motivo suficiente por el que el autor habría de imaginarse la punibilidad de su actuar, no hay porque exigirle que se ajustara a la norma.

Ante esto cabría argüir el riesgo de favorecer al apático, ante las personas diligentes para conocer el Derecho. Empero, ese argumento tiene su coste de libertad y, además, desvía el juicio de culpabilidad a la omisión de informarse (cuyo deber no impone la ley). Nieto Martín citando a Rudolphi, señala que aquel criterio “...exige del ciudadano gastar gran parte de sus energías en comprobar que absolutamente todos sus comportamientos son conformes con el ordenamiento jurídico”.<sup>488</sup>

Por lo que si en el caso no es patente la gravedad lesiva de la conducta, respecto de la cual y según el entorno en que se condujo el agente, no cabía que imaginara el alcance penal de su obrar, un criterio preventivo que exigiera a las personas comprobar que absolutamente todos sus comportamientos carecerían de relevancia penal, por menos lesivos que fuesen, la culpabilidad se construiría a cargo de la libertad general de acción, dándose así prevalencia al error juris nocet y no a la culpabilidad del agente, basada en que al transgredir la norma penal sabía la punibilidad de su conducta que realizaba, o porque cabía que la imaginara sin mayor esfuerzo.

Sin que sea válido afirmar que sería suficiente para sostener el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta, que ésta haya sido dolosa. Porque tal criterio desatiende que el dolo solo alcanza a los elementos del tipo y, por ende, a la afectación al bien jurídico, pero no al conocimiento de que es punible la conducta, de tal modo que cuando no cualquiera identificaría como delictuosa la conducta lesiva, aquel motivo será insuficiente para sustentar la vencibilidad del error de prohibición y menos aún para establecer la plena conciencia del injusto penal.

El tercero. En su caso, de haber habido algún motivo que hiciera dudar al agente del alcance de su conducta, habrá que atender a si la duda era fácilmente disipable. Tal examen debe hacerse primero a la luz del principio de certeza que se deriva de la

---

487 Un ejemplo claro se encontraba en una cátedra de la licenciatura en Derecho, donde cada año el maestro pedía a un alumno, en el salón de clase y enfrente del grupo, que marcara un billete de banco con alguna leyenda para que luego fuera leída por los demás, y aunque el joven veía al maestro extrañado, no dudaba en disponerse a hacerlo, impidiéndoselo de inmediato. Enseguida el maestro preguntaba quiénes sabían que era punible marcar billetes con leyendas para divulgar mensajes (artículo 235 del CPF), y resultaba que la mayoría lo ignoraba y tampoco les parecía evidente que con aquella acción se afectara la seguridad o confianza en la circulación de billetes, de tal modo que quien la realizara debería ser punido.

488 Citado por Nieto Martín, Adán, op. cit., p. 134.

garantía de legalidad en los delitos del artículo 14 C. Porque el error será invencible si la normación legal es incierta y el agente tuvo duda sobre su alcance penal, que descartó en virtud de una razón atendible –por ejemplo, un criterio erróneo del abogado, sin que hubiera otras opiniones contrarias autorizadas que se le hubieran dado–. Como también el error de prohibición será invencible cuando al agente no le hubiera sido posible disipar la duda aun con la información adecuada, dada la complejidad o imprecisión de la norma.

De igual modo habrá de sostenerse la invencibilidad del error de prohibición cuando ante la duda no haya criterios judiciales definidos por autoridad competente acerca de cuál es el ámbito material prohibido de un tipo penal abierto o complejo, o incluso, aun habiendo criterios judiciales autorizados, existan tesis contradictorias. Se violaría el ámbito de libertad en cuanto a la autodeterminación responsable del sentenciado, si se le atribuyera culpabilidad, a pesar de que aun con la opinión de un experto no habría estado en condiciones de deslindar el ámbito material descrito en el tipo, que prohibiría la norma penal.

Lo mismo sucedería, si no importaran las opiniones de los abogados –como sujetos autorizados por el Estado para orientar conforme a Derecho– cuando estos sean incapaces de resolver con facilidad el déficit de comunicación de un tipo penal abierto o confuso. E incluso, más allá de ello, cuando el Estado no difunda ampliamente un tipo penal (de los llamados delitos artificiales), o tolere conductas que él mismo no persigue, pero que pune la ley. Un ejemplo de estas dos últimas hipótesis es la tolerancia y reiteradas legalizaciones en México de la tenencia de los llamados carros “chocolate” –importados sin pagar impuestos o poseídos sin regularizar su tenencia–, lo cual es clara muestra de una permisividad estatal que fácilmente conduce al error de prohibición.

7. Bien señala Nieto Martín, “...que la pena se imponga en un contexto de comunicación de la norma entre Estado y ciudadano, consigue, además, que no sea percibida como acto caprichoso y arbitrario del más fuerte. Lo que, a su vez, es imprescindible para que tenga sentido el fin resocializador de la pena.”<sup>489</sup> Y añade:

“...La respuesta punitiva debe operar únicamente sobre sujetos que se encontraron en condiciones de advertir el desvalor del hecho, pues de otro modo se menoscabaría el grado de confianza necesaria entre el ciudadano y el Estado, que constituye una premisa de la disponibilidad del interno a aceptar un procedimiento reeducativo. Si el Estado no juega limpio en la imposición de la pena, decrece indudablemente su autoridad y credibilidad para exigir del recluso que lleve una vida sin delito”.<sup>490</sup>

Roxin dice que la culpabilidad hay que entenderla cuando en el momento del hecho:

“...al agente le eran asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”.<sup>491</sup> Para ello, Roxin reflexiona “...cuando el orden jurídico parte de la igualdad de todas las personas, no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que todos los hombres deben recibir un trato igual ante la ley”.<sup>492</sup>

Ello sólo puede lograrse, si el juez atiende a las condiciones de cada persona y a las disímiles circunstancias en que se conducen injustamente. La reprochabilidad de la conducta del agente se asienta en que él estuvo en condiciones razonables de motivarse conforme a la prohibición penal, precisamente porque le era asequible ajustarse a la norma del tipo al tener un motivo que le permitía imaginarse sin mayor esfuerzo la punibilidad de su conducta. Caso en el que su culpabilidad debe afirmarse, aunque por error de prohibición vencible.

8. Es importante advertir que en la ley penal mexicana es imperativa la atenuación del marco punible cuando el agente desconocía venciblemente la prohibición penal de su conducta al realizarla, de tal suerte que se examina si le era o no exigible ajustarse a ella precisamente porque tenía razones para imaginarse sin mayor esfuerzo su alcance penal.

Además, cuando se trate de ignorancia superable del alcance penal de la conducta o del deber de cuidado, todavía es posible la inculpabilidad cuando el agente no haya estado en condiciones razonables de ajustarse a la norma por otros motivos que le vuelvan inexigible observarla. Por ejemplo, el agente revela una comunicación íntima (artículo 211-bis del CPF) con la creencia que sólo tendría secuelas civiles, pero la divulga cediendo a un chantaje para evitar que se difunda otra que lesionaría a su familia.

9. Asimismo, de los artículos 15-VIII-b) y 66 del CPF; 29-VIII-b) y 83 del CPDF, y 60 a 63 de la Iniciativa del CPC, se deduce que la conciencia del injusto puede tener dos grados, donde su objeto es precisamente dicha conciencia. En el primer grado como conocimiento de la punibilidad de la conducta, en el que puede decirse que es plena la conciencia del injusto. Y es claro que este grado es incompatible con el error de prohibición y no admite la atenuación legal de la pena. Pero en el segundo grado cabe hablar de una culpabilidad con punibilidad disminuida, justamente porque existió error vencible de prohibición.

Y es que debe tenerse presente que los mínimos y máximos de la pena de prisión que la ley asigna a los delitos, son aplicables al agente que haya conocido la punibilidad de su conducta, sin que concurriesen circunstancias que le volvieran

489 Nieto Martín, Adán, op. cit., p. 36.

490 Idem.

491 Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, Fundamentos..., op. cit., p. 807.

492 Idem, p. 808

inexigible ajustarse a la norma. Y que esos marcos legales de punibilidad necesariamente se atenúan en la medida ya señalada en la ley, para el agente que se haya conducido bajo error vencible de prohibición, siempre y cuando, igualmente no concurren otras circunstancias que volvieren inexigible su ajuste a la norma.

## VII. CONCIENCIA DIRECTA Y EVENTUAL DEL INJUSTO PENAL

1. La conciencia del injusto penal en su primer grado solo puede ser directa y se concreta cuando el agente conoce el alcance penal del injusto que dolosamente realiza. Así se deduce de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VIII-b)-IX y 29-VIII-b)-IX en relación con los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF, que regulan al error de prohibición con base en el desconocimiento del alcance penal de la acción. Y sin que para tal grado de conciencia del injusto sea necesaria una correspondencia intelectual exacta entre el conocimiento de la ilicitud penal y la clase y medida legal de la pena. Sucede aquí lo mismo que con el dolo, pues basta un conocimiento en la esfera paralela del profano. El individuo debe saber que su conducta le aparejará secuelas penales, esto es, que le deparará la afectación de su libertad.

2. Respecto al primer grado de conciencia del injusto penal también se habla que sería suficiente su existencia eventual, es decir, cuando el agente se lo imagine, aunque no conozca el alcance penal de su conducta, mismo que vendría a ser un segundo modo de conciencia plena del injusto. Empero, tal opinión no puede compartirse según el tenor de los numerales ya citados, que conciben al error de prohibición como el “desconocimiento” de la ilicitud del obrar, de la ley o de su alcance. Por lo que la llamada conciencia eventual del injusto solo puede ser de segundo grado, es decir, residir en una culpabilidad atenuada, por ignorancia o error de prohibición vencibles sobre la ilicitud penal de la conducta.

Al respecto, Muñoz Conde advierte:

“...para un sector doctrinal, es suficiente con un conocimiento potencial de la antijuridicidad, es decir, que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer que pudiese reprochársele como culpable. Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición”.<sup>493</sup> De ahí que añade: “...una vez más hay que recurrir aquí a la concepción de la función motivadora de la norma penal, como una función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo”.<sup>494</sup>

3. Por ello, la llamada conciencia eventual del injusto sólo cabrá como error vencible de prohibición, cuando sin conocer la prohibición penal había motivos que racionalmente le permitían al agente imaginarla a efecto de ajustarse a la misma, como sucede si ignorando aquélla se la representó sin duda indisipable, ni hubiera motivo para que hiciera a un lado la que fuera disipable, ni se viera orillado a actuar. De ahí que también será incorrecto estimar como error vencible de prohibición –pues el mismo será invencible–, en los casos siguientes: 1) Cuando el agente por algún motivo atendible desecha la representación de la índole penal de su conducta a realizar. 2) Cuando la duda del agente sea irresoluble. 3) Y cuando el agente no disipa la duda, por presiones motivacionales de obrar en su situación concreta.

4. Las distinciones hechas son trascendentes, en cuanto a los diversos efectos jurídico-penales que aparejan las mismas. Porque ante la representación de una ilicitud penal que se desconoce si existe, pero cuya ignorancia puede superarse fácilmente, se estará ante un error vencible de prohibición. Más cuando haya representación, pero la duda sea irresoluble o haya presiones motivacionales que dificulten despejarla, se estará de ordinario ante un error de prohibición invencible –o si se quiere, en el último caso, ante causa de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma–.

5. En efecto, no cabe hablar de plena conciencia del injusto en los supuestos en que la persona actúa sin saber la relevancia penal de su conducta, pero tampoco cabe hablar de un error vencible de prohibición –sino insuperable–:

1) Cuando la persona dude acerca del relieve penal de su conducta a realizar, pero lo descarta por algún motivo razonable (opinión de un abogado, por ejemplo.) 2) Asimismo, no cabe hablar de un error vencible de prohibición, sino invencible, cuando sea irresoluble la duda acerca de la ilicitud penal de la conducta, porque también dudó al respecto el abogado consultado. 3) Ello sin contar las diversas situaciones en las que al agente no le sea posible desechar la duda por presiones motivacionales derivadas de la situación concreta, que den lugar al error de prohibición invencible debido a ese apremio –o bien motiven la inexigibilidad–.

6. Justamente, la doctrina coincide en sostener que las normas penales siempre tienen una función motivadora que debe ser conocida: para provocar que las personas se ajusten a las normas penales, absteniéndose de las prohibidas en ellas, en protección de los bienes jurídicos tutelados. Por ende, tal pretensión motivadora-comunicacional presupone la claridad de la norma penal debido al principio de certeza que se deriva de la garantía de legalidad en los delitos y las penas. Por ello, son insostenibles las posturas que aducen que desde el momento en que el Estado publica la norma penal en su órgano oficial de información y aquélla inicia su vigencia, la misma obliga y ya debería suponerse su conocimiento, y, asimismo, que cualquier caso de duda sobre su alcance obligaría a la abstención.

493 Francisco Muñoz Conde, *Teoría General...*, op. cit., p. 131.

494 Ídem., p. 132.

Porque si así fuera, surgen de inmediato las objeciones siguientes:

Primera. Ningún sentido tendría hablar de error de prohibición desde la perspectiva de comunicación de la norma penal, porque su mera publicación lo evitaría por suponerse siempre conocida. De sostenerse una posición así, se pasaría por alto que es en la misma ley penal en donde se prevé al error de prohibición invencible en los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VII-b) del CPDF y 51-I del CPC: bien sea porque se desconozca la existencia de la ley o bien porque se desconozca su alcance. Y de sostenerse la solución contraria, ésta implicaría un juego sucio por parte del Estado. Porque no solo se trata de los casos de ignorancia de la ilicitud penal, sino también de yerros acerca de la relevancia penal del hecho debido a la incertidumbre de la norma.

Segunda. Ya de por sí se apartan de las exigencias de seguridad jurídica del artículo 14 C., los tipos abiertos, o que estando en blanco se completan con otras regulaciones confusas o que admiten múltiples interpretaciones y que inciden en que el hecho podría ser lícito o ilícito o tener o no relieve penal según se interprete al tipo. Ello puede empeorar cuando ninguna de las exégesis esté definida como la correcta por el órgano facultado. Y más cuando de haber elucidación jurisprudencial, es posible que el mismo órgano cambie su criterio y que entre uno y otro, el agente decida de acuerdo con la primera exégesis y según la cual su conducta no habría tenido alcance penal. En esos casos, apunta Zaffaroni: “...no se trata de dudas del agente, sino de sus jueces y de la ley”.<sup>495</sup>

Tercera. Por lo demás, cuando se pretende fundar la vencibilidad del error de prohibición en la obligación de conocer la ley, saber que se presumiría por la publicación de aquella –como apuntó con certeza Armin Kaufmann– “...en realidad, al autor se le está formulando un reproche no por el injusto que ha cometido, sino por violar la (supuesta) obligación de informarse para saber (de buena tinta) cuándo su comportamiento es conforme a Derecho”.<sup>496</sup>

Cuarta. A esa objeción se añade la de Nieto Martín, en cuanto

“...en el plano político criminal a la existencia de una obligación general de conocer las normas jurídicas podría criticársele que no es conforme con el espíritu pro libertate que informa al Estado de derecho, en cuanto forma de gobierno, donde los ciudadanos han de tener el máximo de libertad posible y donde la prohibición de una conducta constituye una excepción y no la regla”.<sup>497</sup>

Y es que como Zaffaroni señala:

“...si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de sus conductas antes de su realización, el principio de culpabilidad es su consecuencia, al imponer que, cuando por cualquier causa al agente no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta ese conocimiento, no puede ejercerse poder punitivo”. Y añade, “...una vez descartada la regla error juris nocet –por su abierta violación al principio de culpabilidad– nada altera estas premisas generales de la culpabilidad cuando la inexigibilidad corresponde a error, lo que da lugar a los errores exculpantes”.<sup>498</sup>

De esa manera un criterio preventivo-formal hay que contrastarlo con los límites que se derivan en un estado de derecho y según cada caso concreto. La duda en sí misma puede ser indisipable en virtud de una vulneración del principio de legalidad, es decir, por infracción legislativa del principio de certeza al expedir un tipo penal en blanco o abierto de tal modo que el déficit comunicacional de la norma imposibilite saber con precisión –aun con la asesoría jurídica– si determinada conducta sería típica penal.

Quinta. Por otra parte, así como es nítido que hay error de tipo cuando sus elementos normativos conducen a situaciones confusas y difíciles de delimitar, que propician que se yerre en la valoración de ellos. También es claro que el error y la ignorancia de la prohibición penal serán invencibles cuando habiendo duda de la ilicitud está hubiera sido insuperable, porque aun si se hubiera acudido a la consulta jurídica, el agente no hubiera podido cerciorarse si su conducta estaría penalmente prohibida, debido a la vaguedad o embrollo en la redacción del tipo, sin criterios judiciales definidos que aclaren exactamente su contenido.

¿O acaso en esos supuestos a la persona debería responsabilizársele de la existencia de la duda, trastocando que está a cargo del legislador –y no de aquella– la eficacia de la garantía de certeza legal de los delitos, para en su lugar imponer una parálisis conductual al agente, lo que también atenta contra su garantía de libertad general de acción? ¿Con qué fundamento apegado a la C. se le habría de hacer responsable a la persona de la situación de incertidumbre que el mismo legislador origina? Se podría decir que, si existe duda, es porque hay indicios suficientes de antijuridicidad, que darían lugar a un deber de abstención. Esto puede ser cierto, y, aun así, si hubo suficientes indicios de antijuridicidad penalmente relevante advertibles por el agente, no por ello ya habría conciencia plena del injusto, sino un error vencible de prohibición.

495 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 697.

496 Armin Kaufmann, en Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 110.

497 Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., p. 111.

498 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota, p. 693.

Y en tal caso el error vencible de prohibición sólo será admisible cuando la duda que surgió hubiese sido realmente disipable y sin presiones para actuar. Porque –como señala Zaffaroni– “...no hay nada que justifique el reproche para el que no hizo algún esfuerzo, cuando de haberlo realizado hubiese sido igualmente inútil”. Esto es, la incertidumbre de la norma que dé pie a una duda difícilmente disipable funda el error de prohibición invencible. Pues sólo será vencible si esa duda –basada en indicios de la lesividad del obrar– pudo ser expeditamente disipada. Caso en el que ya no se está ante culpabilidad plena, sino ante un grado menor que sólo podrá fundar –a lo sumo– una culpabilidad disminuida, por error vencible de prohibición.

7. De tal suerte que es factible una conciencia del injusto que se ajuste a una culpabilidad atenuada por error vencible de prohibición, cuando sin presiones motivacionales el agente actúa sin conocer la prohibición penal, pero que se la imagina y sin que exista déficit comunicacional de la norma, ni aquél haya descartado la duda por un motivo razonable. Esto es, cuando el agente la podía resolver con la consulta adecuada y racionalmente posible de obtener, según sus circunstancias y las del caso, debido a que no hubo circunstancias presionantes de la conducta que eligió, al igual que a la certeza objetiva que legalmente brinde la norma o su interpretación ya definida por órgano competente.

Mas el error de prohibición será invencible, cuando el agente actúe con duda acerca del relieve penal de su conducta que no pudo resolver con facilidad debido a una falta u oquedad del legislador. Ya que poner estas fallas a cargo del particular, implicaría trastocar sus garantías de seguridad jurídica y libertad, dejándolas al arbitrio del Estado, cuando éste es el responsable de la falta de certeza de la norma que a él le toca subsanar. Por ello la conciencia eventual del injusto en los casos de duda sólo podrá constituir un error vencible de prohibición, si aquélla era disipable con la opinión de un experto, al cual el agente podía acudir sin mayor problema.

Aunque también se estará ante un error de prohibición invencible, si el agente actuó sin desechar la duda, pero dio preponderancia a la posibilidad contraria, porque acudió con un abogado que opinó en tal sentido, o bien aun sin disipar la incertidumbre, actuó por factores de presión. Como la madre que se lleva a sus menores hijos, creyendo que sólo desatiende la sentencia de divorcio que la condena a la pérdida de la patria potestad, cuando cree inminente el uso de la fuerza pública para que entregue a los menores y por ser fin de semana no puede acudir a la consulta del defensor público, de quien recibió casi nula asistencia. O cuando el tráfico rodado impulsa al agente a continuar por el carril de no pagar impuestos que equivocó en un cruce internacional, pensando que tal yerro sólo motivará aclararlo al aduanal.<sup>499</sup>

8. Así pues, sólo se estará ante conciencia plena del injusto, cuando el agente sabía la prohibición penal de su conducta, o así se infiera porque sea clara la lesión que ocasionó al bien, que públicamente se considera punible. Más cuando la persona actuó sin saber de la prohibición penal que sólo se representó, aquélla habrá actuado bajo un error de prohibición, del cual restará por ver si fue invencible o vencible. Normalmente el error será vencible cuando el agente haya advertido que ocasionaba cierta lesión con su conducta, pero sin saber si era punible ni exista un déficit irresoluble en la redacción de la norma, ni había motivo razonable para que el agente descartara la duda en caso de haber dudado.

8. Con lo visto hasta aquí, en el Derecho Penal Mexicano el juicio sobre la conciencia del injusto para una culpabilidad con punibilidad atenuada, en última instancia descansa en las circunstancias que concurran al realizar una conducta dolosa que razonablemente hagan exigible al agente conocer la prohibición penal de aquélla, porque le permitan imaginarla sin mayor esfuerzo. Y ello es así según se deduce de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, interpretados en sentido contrario, en relación con la fracción VIII-b) de esos numerales. Como también es la postura que se adopta en el proyecto.

## SECCIÓN CUARTA

### EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD

#### A. ERRORES DE PROHIBICIÓN EN SENTIDO LATO

Para que haya conciencia de la ilicitud penal también es preciso que el agente: A. Conozca las circunstancias en que realiza el injusto. B. Y, asimismo, sepa o esté en condiciones de imaginar sin mayor esfuerzo el alcance penal de su conducta. 1) Como contrapartida de conocer las circunstancias del injusto están las causas de justificación putativas, que se originan cuando las circunstancias concurrentes dan pie a que el agente crea erróneamente que existen las condiciones que darían pie a obrar amparado en una causa de licitud o justificación. 2) En el segundo tenor están los errores de prohibición, ya sea porque el agente no sepa el carácter ilícito de su conducta o crea que es lícita, o porque el agente sabe la ilicitud de su obrar, pero ignora su alcance penal. Así pues, habrá que diferenciar esas clases de errores de prohibición y ver el modo que impactan a la conciencia del injusto y al delito.

#### I. Errores de prohibición por apariencia de causa de licitud (causas de justificación putativas)

1. El delito putativo es distinto a las causas de justificación putativas. En el delito putativo la persona creó estar realizando una conducta que la ley contemplaría como delito, cuando en realidad la ley no la prevé como punible. La imposibilidad de que

<sup>499</sup> Aunque en este último ejemplo podrá tratarse de un error de tipo, si éste supone la voluntad de no pagar impuestos.

pueda haber delito es evidente, pues en esos casos la conducta siempre será atípica, por la simple razón de que no hay un tipo penal que la prevea.

Mientras que en las causas de justificación putativas se inscriben los casos donde las circunstancias le originan al agente el error de que actúa al amparo de una causa de licitud –que la ley prevé como tal–. Las que deben distinguirse de las causas putativas de justificación. En éstas el agente no yerra sobre las circunstancias, sino creó que actúa en circunstancias que justificarían la conducta, sin que la ley las prevea como causas de licitud. Ésta última clase de error se relaciona más con el error que versa sobre el alcance de la norma (que por lo pronto no entra en el análisis de este apartado.)

2. Por otra parte, hay que tener presente que para decidir si se concreta una causa de licitud o justificación –y, por ende, si la conducta típica fue o no antijurídica– es irrelevante que el agente conozca las circunstancias que motiven su acción, ya que las mismas se aprecian ex-ante para determinar si eran suficientes para dar pie a la intromisión lesiva en contra del bien, según la causa de licitud de que se trate. De modo que ésta se sostendrá, cuando las circunstancias constituyan –ex ante– los motivos que la ley contempla para legitimar la intromisión lesiva en la medida fijada por ella y, por tanto, donde cualquiera que se imagine en esas circunstancias estime que generaban la necesidad de la lesión al bien en la medida establecida por la ley.

Esta postura conlleva a decidir la concreción de las causas de licitud según las circunstancias que concurrieron al momento en que se realizó la conducta del agente, con independencia de que éste las haya advertido, salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo que motivaría la excluyente. Pero que, asimismo, operan con autonomía de que ex-post resulte que el motivo no era real, lo cual hace que decaigan los casos en que proceda examinar un error de prohibición invencible, ya que el delito se excluyó porque la conducta del agente se ajustó a la norma, pero no por un error que impediría que aquél fuera culpable.

3. Sin embargo, ello no obsta para que pueda excluirse la culpabilidad por apreciación errada de las circunstancias que den pie a una causa de justificación. Pues ella será posible cuando ex-ante se determine que era innecesario que el agente actuara en la forma que procedió, pero el agente no haya advertido su error debido a su perturbación emocional originada por las circunstancias que le hicieron caer en error, como el motivado por una agresión con medios que el agente pudo apreciar que eran mucho menos lesivos, de actuar con serenidad.

Así pues, primero habrá que tener presente que en esos casos habrá causa de licitud cuando ex-ante pueda afirmarse que existe el motivo previsto o implicado en la ley para la causal. Mientras que habrá inculpabilidad cuando ex-ante se valore el motivo como insuficiente para dar pie a la conducta que habría amparado la causa de licitud, pero el agente en su situación concreta no podía haber salido con facilidad de su error (error de prohibición invencible propiamente hablando, que se motiva por circunstancias acerca de la existencia de una causa de licitud.) Mas en los demás casos en los que aquel error sea superable sin mayor esfuerzo, no sólo habrá injusto, sin también se mantendrá la culpabilidad, aunque atenuada, debido al error vencible de prohibición. (Artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF; 29-VIII-b) y 83, párrafo-segundo, del CPDF; 61-I-A-c) y 62 de la Iniciativa).

En suma, el error vencible sobre una causa de justificación forma parte de la culpabilidad –aunque atenuada– del agente, sólo y nada más, si en un juicio ex-ante se decidió la insuficiencia del motivo que habría justificado la conducta, pero en un juicio ex-post, las circunstancias del caso y condiciones del agente, racionalmente le permitan superar sin mayor esfuerzo su equivocada apreciación.

4. También habrá causa de justificación putativa, cuando haya una suposición errónea acerca de las condiciones en las que la ley permite la conducta por consentimiento “presunto”. Por ejemplo, habrá error de tipo que incide sobre la lesión al bien, si el agente inicia un tatuaje creyendo que la persona consintió en él, porque así se lo informó falsamente el ayudante, cuando en realidad quien es tatuado creó someterse a un tratamiento exótico de su piel que no le dejará marcas permanentes. Como también lo habrá cuando se creó que quien es tatuado sabe sus consecuencias, pues el autor cree que su auxiliar ya se las explicó.

Más habrá error de prohibición, cuando el médico al operar a la paciente de cierta dolencia menor, le practica una histerectomía porque descubre unos quistes que antes no se habían detectado, pero que aprecia como benignos, creyendo que aquella extirpación se justificaría por la posibilidad remota de que la paciente contraiga cáncer, asumiendo que ella estaría de acuerdo en dicha extracción, dada su edad y su infertilidad.

Y aunque en ese supuesto se está ante una causa de justificación putativa, pues el error no incide sobre una apreciación distinta de las circunstancias, sino tan solo de que éstas darían pie a la permisividad de la injerencia –como supuesto caso de consentimiento “presunto”–, es que a ese fenómeno se le hace formar fila junto a los errores de prohibición acerca de la ilicitud penal de la conducta que se realiza.

Ahora bien, Zaffaroni considera que los errores sobre el consentimiento expreso o tácito –y no solo sobre las condiciones que dan pie al consentimiento “presunto” como en el caso arriba señalado–, son yerros de prohibición, salvo que la ausencia del consentimiento se exija o implique en el tenor del tipo de que se trate.<sup>500</sup>

Sin embargo, la postura de Zaffaroni –aparte de otras consideraciones– parecería orientarse por una visión “dualista” respecto al consentimiento como elemento del tipo y como excluyente de antijuridicidad: donde aquél sólo opera como causa de insubsunción típica en aquellos tipos penales que describan como elemento, la falta del consentimiento del titular del bien, o que la conducta se realice contra su voluntad. A diferencia de la postura “unitaria” que aquí se sostuvo, en el sentido de que cualquier caso de consentimiento expreso o tácito –que sea válido– del titular para la injerencia, es causa de atipicidad por impedir la lesión al bien como elemento del tipo.

5. Asimismo, habrá que apartar los casos en que haya creencia errónea de que se actúa lícitamente, o simplemente se ignora que la conducta es ilícita, pero resulte que la antinormatividad de la conducta ya está contemplada en el tipo como elemento del mismo, lo que aparejará que el yerro constituya un error de tipo y no de prohibición. En efecto, dentro este grupo se hallan los errores que inciden sobre un elemento de la antijuridicidad que ya esté atrapado como elemento normativo de un tipo necesariamente doloso, donde los yerros son de tipo.

Así sucede:

a) Cuando el error incida sobre el consentimiento del titular del bien afectado. Pero no acontece lo mismo cuando el yerro verse sobre la insignificancia de la lesión. Por ejemplo, el agente toma para sí lo que identifica como un listoncillo de los que tiene su compañero de clase para usarlos con liberalidad como marcadores, sin saber que en realidad se apodera de un microfilm.

b) Cuando el agente ignora el deber jurídico que le incumbe y su trasgresión esté prevista como elemento de un tipo doloso, ya sea por la calidad del sujeto activo o como elemento normativo del tipo. Por ejemplo, el agente incumple los deberes de paternidad, por ignorar su calidad, respecto al tipo penal de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar (artículos 193 del CPDF y 314 del CPC).

c) Cuando un tipo contemple algún elemento normativo de desvalor jurídico, como “ilegalmente” o “ilícitamente”; por ejemplo, cuando en un delito flagrante el agente cree detener al indiciado al confundirlo con quien apresa, o yerra en las circunstancias que habrían legitimado la detención o retención del indiciado.

d) Por último, cuando respecto a dos tipos penales haya infracción de deberes contradictorios que los mismos supongan, cuya ilegalidad el agente no puede resolver ni controlar. Por ejemplo, cuando el siquiatra se niega a dar datos proporcionados por el paciente, con quien está obligado al secreto profesional, relacionados con la investigación de un delito, después de ser requerido por la autoridad competente. (Encubrimiento por auxilio del 320-IV del CPDF, frente a la revelación de secretos del 213 del CPDF, en relación con el artículo 36 de la Ley de Profesiones del D.F.)

Este subgrupo es dudoso, porque si falta un criterio legal o de jurisprudencia que resuelva cuál deber prevalece, o bien la contradicción no pueda salvarse con base en las pautas del concurso aparente de tipos, podría discutirse que ya no se está ante un error de tipo, sino ante uno de prohibición.

## II. Errores sobre el alcance de la norma

Por otra parte, están los errores de prohibición (vencibles o invencibles) que (sin incidir en circunstancias fácticas que constituyan yerros acerca de causas de justificación, o bien sin que sean errores de tipo que versen sobre elementos normativos de desvalor jurídico), aparejen que el agente no aprecie como ilícita su conducta, o bien desconozca su alcance penal. Dentro de ellos están los grupos siguientes:

1) Cuando el agente cree actuar conforme a su deber, sin que éste sea elemento de un tipo penal doloso. Por ejemplo, el policía que cree auxiliar en la ejecución de una orden de desahucio que está simulada.

2) En los delitos culposos, cuando circunstancias objetivas impidan o dificulten percatarse del cuidado debido, de tal modo que el agente no provea sobre el riesgo que origina el resultado. Por ejemplo, el conductor que causa daños cuando creía conducir a la velocidad permitida debido a una falla no conocible en el indicador electrónico, cuando en realidad excedía la permitida; o el albacea que omite sustituir el cableado eléctrico de uno de los edificios del acervo hereditario, no obstante que expiró la vida útil de los alambres conforme a una norma, que a la vez establece la obligación de reponerlos, cuando unas horas después de asumir el cargo ocurre un incendio por una falla en el tendido eléctrico con motivo de su antigüedad, que daña edificios vecinos.



3) Cuando haya error de subsunción que incida sobre un elemento normativo del tipo, que aun cuando no excluye la conducta típica, si consista en un desconocimiento de su relevancia penal. Por ejemplo, el agente creó que sólo tendría consecuencias penales la falsedad de lo declarado ante un juez y no así lo manifestado ante el ministerio público, si acaso aquella no fue informada al respecto ni reparó en dicho alcance al firmar el acta donde se hizo constar esa consecuencia.

4) Cuando el agente cree actuar en circunstancias que justificarían su conducta, sin que la ley las prevea como causas de licitud (causas putativas de justificación). Donde debe evitarse confundirlas con las causas de justificación putativas. En éstas el agente yerra sobre circunstancias que sí constituirían una causa de licitud prevista en la ley, mientras que en las primeras no hay error sobre esas circunstancias, sino que el agente cree que en las que actúa se legitimaría su proceder, sin que en realidad se contemplen en la ley.

5) Finalmente, cuando por cualquier otra circunstancia la persona ignore o yerre –aunque sea por irreflexión– sobre el carácter ilícito de su conducta o bien respecto a su alcance penal. Un caso claro de yerro por irreflexión acerca de los alcances de la ley se contiene en la tesis del tenor siguiente:

**DELITO COMETIDO BAJO ERROR VENCIBLE. PENA APLICABLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).** Cuando el sujeto activo del delito de falsedad en declaraciones rendidas ante autoridad en ejercicio de sus funciones, previsto y sancionado por el artículo 247, fracción I, del abrogado Código Penal para el Distrito Federal, ante el Ministerio Público, inicialmente aduce que fue objeto del delito de robo con violencia de su teléfono celular, pero posteriormente del contenido de las diversas constancias procesales se infiere que el citado teléfono celular no fue robado, sino que lo olvidó o perdió en algún lugar, y que denunció el robo con la finalidad de que el objeto de referencia fuera repuesto por la empresa de telefonía celular, resulta inconcusos que el quejoso, por no reflexionar sobre los alcances de la ley, actuó bajo un error de prohibición vencible, previsto en la fracción VIII, inciso b), del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy artículo 29 del nuevo código sustantivo), en consecuencia, la autoridad responsable, al individualizar las sanciones, debe punir con la pena atenuada prevista en la parte final del artículo 66 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy 83 del Nuevo Código Penal).<sup>501</sup>

## B. INEXIGIBILIDAD DE AJUSTARSE A LA NORMA

1. Para afirmar que el agente se motivó contra la norma cuando le era exigible ajustarse a ella, es insuficiente establecer que sabía o estuvo en condiciones de conocer sin mayor esfuerzo la punibilidad de su obrar, pues también es preciso que según las circunstancias que concurrieron en la realización de su injusto, le fuera racionalmente exigible ajustarse a la norma. El criterio para formular lo anterior es predominantemente –pero no solo– normativo, y funda al remanente de exigibilidad, como categoría de la culpabilidad. La cual debe afirmarse no solo porque esté asentada la conciencia del injusto, sino también porque la persona tuvo un ámbito de ajustarse a la norma al no concurrir alguna causa distinta a la falta de conciencia del injusto, que le hiciera inexigible ajustarse a derecho.

2. Por ello, aunque metodológicamente, en sentido contrario al error de prohibición vencible, el invencible apareje que al agente no le sea exigible una conducta conforme a la norma. De todos modos, cabrá añadir los casos donde concurran otras circunstancias que vuelvan inexigible al agente ajustarse a la prohibición penal, a pesar de que aquél conozca punibilidad de su obrar o esté en condiciones que racionalmente le permitan imaginarla sin mayor esfuerzo. Lo anterior se refleja en los artículos 15-VIII-b)-IX del CPF y 29-VIII-b)-IX del CPDF, así como en los numerales 60 a 63 de la Iniciativa, ya que ellos diferencian a los errores de prohibición de las causas que originan la inexigibilidad de ajustarse a la norma.

3. Entre ellas se cuentan el estado de necesidad inculpable simple y el coactivo. Mas también caben otras causas, desde dichos estados de necesidad como putativos, hasta cualquier caso en que –como establecen los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF– “atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.” Por lo que, ya habiendo examinado el error invencible de prohibición, ahora cabe atender en su orden a las restantes causas de inculpabilidad.

## I. Estados de necesidad inculpables

1. La fracción II del artículo 61 de la Iniciativa, contempla como estado de necesidad exculpante, “cuando el agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no ocasionado dolosamente por aquél, lesionando otro bien de igual valor ponderativo que el que salvaguarda, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios menos lesivos o no lesivos que se tengan al alcance.” Asimismo, la fracción III de dicho artículo también contempla como estado de necesidad coactivo, “cuando el agente se someta a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor provocado por la amenaza de uno o más sujetos, que se funde en un mal, ya sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta, de que se lesionará un bien propio o ajeno de igual valor ponderativo al que lesiona, de no allanarse.”

501 Tesis de jurisprudencia I.10o.P. J/3, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, julio de 2004, p. 1407.

Los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF contemplan el estado de necesidad indistintamente como causa de licitud o de inculpabilidad, con la condición adicional de que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro (no prevista en el Proyecto). Sin embargo, el artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que el estado de necesidad puede ser justificante o disculpante. Mientras que los artículos 55-III y 61-II de la Iniciativa distinguen con claridad a los estados de necesidad justificante y disculpante, según el agente salve un bien jurídico de mayor o igual valor ponderativo que el que lesiona.

2. Ahora bien, la situación de peligro puede obedecer a un hecho natural o humano, más para que la causa exculpante opere en favor del agente que realiza la acción salvadora, es necesario que él no haya dado pie de manera dolosa a la situación por la que peligra el bien. Por tanto, y según ello: ¿será posible que el agente origine el peligro en forma culposa y ampararse en un estado de necesidad disculpante? La respuesta afirmativa surgiría del texto de las eximentes en el CPF, el CPDF y el Proyecto, que sólo excluyen el estado de necesidad cuando el peligro se hubiera causado dolosamente; empero, a esa solución cabría reparar respecto al CPF y el CPDF, que si el agente originó el riesgo –sin quererlo ni aceptarlo–, le surgiría entonces el deber de afrontar el peligro respecto a un bien propio.

Empero, en el estado de necesidad inculpa operan motivos que constriñen la voluntad del agente y afectan su libertad de autodeterminarse. Razones que conllevan a haya un límite a la exigibilidad de ajustarse a la norma, que incluso va más allá de los casos en que el agente origina con culpa el riesgo, como se verá adelante. Igualmente, la ley no limita la calidad de quien actúe para la salvaguarda del bien, por lo que es innecesario que aquél sea el titular del bien que salvaguarda. Del mismo modo, cualquier bien jurídico puede estar en peligro y ser objeto de la acción salvadora, al igual que cualquier bien jurídico puede ser lesionado para la salvaguarda de otro, siempre que el agente ajuste su obrar a las condiciones de la eximente.

En otras palabras, la ley no limita los bienes jurídicos susceptibles de estar amenazados, ni al que se lesiona para salvaguardar otro. Lo que sí precisa es la igualdad ponderada de la valía de los bienes, salvo cuando el sacrificio de uno de ellos para salvar al otro sea la única vía para resguardar al único bien que es salvable, caso en el que la conducta es atípica por cumplimiento del deber de obrar.

3. Así pues, las condiciones del estado de necesidad inculpa son las siguientes: (a) la necesidad de la acción salvadora de un bien jurídico que se halla en peligro actual o inminente, (b) la lesión de otro bien si no hay otro medio que evite el peligro o sea menos perjudicial, (c) que el daño se irroge a un bien jurídico con igual ponderación valorativa que el que se salva; y, (d) que el peligro no sea provocado dolosamente por el agente. Las condiciones del estado de necesidad exculpante que coinciden con las del estado de necesidad justificante, se circunscriben a la necesidad razonable de lesionar un bien para salvaguardar otro amenazado de un peligro actual o inminente. Las diferencias residen en el valor jurídico de los bienes, la realidad del peligro y que el agente lo conozca.

4. En efecto, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde el peligro se decide ex-ante y con independencia de que el agente lo conozca, en el disculpante es preciso que aquél conozca el peligro y que este sea real. La razón del enfoque ex-post deriva de la naturaleza de la excluyente, pues ésta impide reprocharle al agente su conducta en atención no solo de las circunstancias sino de sus motivaciones que le dificulten ajustarse a la norma. Ello lleva a que se inconfigure el estado de necesidad disculpante tan cuando el agente actúe sin saber del peligro, como cuando el peligro resulte irreal. Mas sin que esto último obste para que la conducta aún pueda disculparse, si el agente actuó bajo un error invencible acerca del mal que la motivó, donde habrá un estado de necesidad putativo disculpante (expreso en la fracción IV del artículo 61 de la Iniciativa).

5. Por otra parte, mientras que en el estado de necesidad justificante se suprime un bien de menor valor que el que se salva, en el de índole inculpa los bienes son de igual valía. Para cuya ponderación caben las pautas señaladas para el estado de necesidad justificante. La razón de que cuando haya igual valía de los bienes, no se legitima la conducta que lesiona a un bien para salvar al otro, estriba en que, si para Derecho los bienes tienen igual peso ponderativo, no hay base para preferir uno en mérito del otro. Por ello, el Derecho exculpa la conducta, pues –salvo quizá un deber especial– no puede exigírsele al agente que se abstenga de intervenir, o que prefiera alguno de los bienes en desdoro del otro. Se trata de una decisión que sólo le incumbe tomar a aquél y acerca de la cual el Derecho no le puede exigir que la tome en uno u otro sentido, o que se abstenga.

Más de ello también se sigue que es inexacto que el estado de necesidad exculpante no pudiera amparar nunca a quien tenga un deber de afrontar el peligro. Ello es claro en el artículo 61-II de la Iniciativa, que no incluye tal condición, a diferencia de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF que si la consignan. Empero, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde quien tenga un deber jurídico para afrontar el peligro no puede ampararse en la necesidad de actuar contra el deber para salvar al de mayor valía o simplemente no actuar, en el de carácter disculpante –señala Zaffaroni– “...nadie queda fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante, por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, pues siempre hay un límite a la exigibilidad de afrontar un riesgo”.<sup>502</sup>

Y es que la razón para la exculpación reside en que cuando un peligro amenaza a bienes de igual valor y exista la necesidad de sacrificar a uno para salvar el otro, el Derecho no puede exigirle al agente que prefiera a uno de ellos, ni que se

502 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 716.

abstenga. Por ello, aun para quienes –con base en los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF– sostengan que el estado de necesidad no ampara a quien tenga el deber de afrontar el peligro, respecto de éstos han de reconocer la razón especial para su exculpación, con base en los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, en virtud de la inexigibilidad de ajustarse a la norma. Siguiendo a Zaffaroni, habrá que aceptar que, en la epidemia de una enfermedad contagiosa y peligrosa para la vida, a cualquiera le bastará disculpar su abstención de atender a enfermos con base en su miedo al contagio.

Y aunque aquello sería insuficiente para disculpar la inhibición de un médico que labore en un hospital público de atender a los enfermos que ahí lleguen, aun así, habrá que ver si era casi segura su muerte de brindar asistencia, al ser un virus sin control que daba pie a esa secuela. Por lo que el galeno puede plantear ese dilema para su exculpación, o la disyuntiva de auxiliar a los demás o dejar que su esposa y sus hijos mueran por falta de ayuda. Y ello, aunque aquél hubiera manejado con descuido la probeta donde se aislaba el virus, originando se propalara. La solución en estos eventos de deberes especiales será rechazable como estados de necesidad disculpantes, pero aun cabe la inculpabilidad con apoyo en los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, que excluyen al delito si: “atentas las circunstancias...no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa...”.

6. Como ya se dijo, la fracción III del artículo 61 de la Iniciativa, contempla la inexigibilidad por estado de necesidad coactivo. Hipótesis de la que se deriva que el estado coactivo constriñe la libre autodeterminación del agente que vuelve inexigible su conducta. Por ello, la reprochabilidad de la conducta desaparece por la coacción o amenaza de un peligro grave que obliga al agente a allanarse a ejecutar el injusto. Tal peligro puede ser actual, inminente o de realización razonablemente cierta. Debiéndose aclarar que en realidad el estado de necesidad coactivo bien puede justificar la conducta o sólo disculparla. Ello dependerá de la ponderación de los bienes.

Así, si el bien que el agente salva en virtud de la amenaza es de mayor valor ponderativo que el que lesiona con el allanamiento típico forzado, obrara al amparo de causa que justifica la conducta. Más si el que lesiona es de igual valía que el que peligra en virtud de la coacción de que es objeto, se estará ante un temor fundado inculpable, donde la ley asume que es inexigible una conducta conforme a la norma, toda vez que las mismas condiciones de coacción impiden hablar de una decisión libre. Y aunque el estado de necesidad coactivo no aparece en el CPF ni el CPDF, ello no debe causar extrañeza, porque el mismo en realidad se comprende en los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF que consignan al estado de necesidad sin distinguir si es o no coactivo, pero en el que bien cabe este último.

7. Por último, es posible la autoría o complicidad inculpable por estado de necesidad coactivo. Ya que las causas de inculpabilidad sólo benefician en quien concurren, pero no quitan la posibilidad –de acuerdo con el principio de accesoriedad limitada a la concreción típica– que ocurra una autoría injusta pero inculpable, donde continúan siendo punibles las conductas de los cómplices, o donde el autor concrete el injusto culpablemente, mientras que los cómplices –o algunos de ellos– actúen inculpablemente. Sin pasar por alto que el coaccionado por otro en realidad actúa de manera inculpable al no elegir libremente. Y, sin embargo, él puede cometer como autor la conducta típica de manera antijurídica, pero inculpable. Aun así, de ellos dos, el único autor –mediato– cuya conducta es punible, será el sujeto de detrás que coaccionó.

## II. Errores de estados de necesidad disculpantes

1. En el terreno de las causas de inexigibilidad también entran en juego los errores sobre la existencia de un estado de necesidad sea o no coactivo. Ya que debe recordarse que, a diferencia de las causas de justificación, en esas eximentes de delito, tan es necesario que el agente conozca el peligro que amenaza, como igual es menester que dicho peligro sea real. De tal manera que, si el agente actúa dentro de los márgenes de la exculpante, pero sin darse cuenta del peligro, la lesión que cause aquél no quedará amparado por la eximente. Mas cuando el agente actúe con una falsa representación del peligro que amenaza y el yerro sea invencible, el mismo motivará la exculpación, ya no por un estado de necesidad exculpante, sino por la creencia equivocada de la concurrencia de las circunstancias que motivan esa causal.

2. Son casos de errores acerca de un estado de necesidad sea o no coactivo: Quién al advertir humo y escuchar el grito de fuego, daña la puerta ajena para salvar un objeto de su propiedad de igual valía ponderativa, que se haya en la casa que cree se incendia en una de sus habitaciones y resulta que la alarma era falsa. El médico que practica un aborto para salvar a la madre, en virtud de los síntomas de la paciente, confirmados luego por computadora, cuando en realidad la madre no corría peligro de muerte y el error se motivó principalmente por una falla de tercero al manejar el programa computacional. Quien se allana a la coacción de la cual es objeto mediante una pistola simulada que aparente ser real, para que mate a otro porque en su defecto el mismo coaccionado morirá.

## III. Otras causas de inexigibilidad

1. Hay otros supuestos difusos en los que puede considerarse la inexigibilidad, así como también estimarse innecesaria la pena desde el punto de vista de su proporcionalidad. Esto es, aun sin que haya estado de necesidad inculpable, ni error invencible sobre el mismo o acerca de una causa de justificación. Ello es así, debido a que, respecto a las causas de inexigibilidad de ajustarse a la norma prohibitiva del tipo, están los amplios márgenes de la fracción IX de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, así como de la fracción V del artículo 61 de la Iniciativa. Y, por el otro lado, están los casos que cierto sector doctrinal estima que debieran motivar una exculpación, debido a que en tales eventos la pena resulta socialmente innecesaria, y si se impusiese, sería excesiva. ¿Cómo cuáles?

Piénsese en el exceso minúsculo en la defensa con base justificante, donde la repulsión se extiende instantes después de que cesa la agresión. O cuando quien se defiende actúa por miedo derivado de la agresión injusta, que no le impide su imputabilidad, pero que sí la disminuye e impulsa su repulsa más allá de lo necesario. O cuando por el estado emocional en que se halla el atacado ilegalmente, confunde como agresor a un tercero. O cuando aquél se ve precisado a rechazar la agresión, sabiendo que es posible que lesione (como lo hace) al rehén que sujeta al agresor. Como también el automovilista que trasporta al hospital a un herido grave, cuando por inclinarse mientras conduce para acomodar al herido y evitar que se ahogue con su sangre, no se percata de la luz roja del semáforo y atropella a un transeúnte.

2. También cabe cavilar en la omisión por motivos de profunda conciencia religiosa que penetra la total personalidad del autor, como quien no lleva a su hijo a que sea intervenido quirúrgicamente, porque esa operación contraría la religión del omiso, de la cual es ministro fervoroso y le fue inculcada desde pequeño. O cuando ese individuo, por iguales motivos de profunda conciencia religiosa se niega a prestar un servicio público que la ley le impone y cuya omisión prohíbe con pena. Asimismo, el chofer asalariado, en condiciones económicas apremiantes, con su esposa enferma y con hijos dependientes, que apenas le alcanza el jornal para cubrir alimentos y parte de los servicios básicos, que causa daños sabiendo de defectos mecánicos del vehículo que motivaron aquéllos, pero quien se vio presionado a conducir el carro por la amenaza del patrón de su despido si no laboraba aun en esas condiciones.

3. En esta miríada es preciso detenernos un momento en los casos de objeción de conciencia, especialmente por motivos religiosos. La regla general es que las concepciones religiosas, morales o sociales del individuo acerca de su conducta son intrascendentes para excluir la conciencia del injusto, pues con independencia de aquéllas, lo que interesa es que el agente supiere las circunstancias fácticas –y en su caso valorativas– del injusto que cometió y, además, supiera de su prohibición penal o estuviera en condiciones de conocerla sin mayor esfuerzo. La libertad de practicar los actos de un culto religioso se garantiza por el artículo 24 de nuestra C., más sólo en la medida que su práctica “no se traduzca en un delito o falta penados por la ley”. Lo que se confirma por el artículo 1º-párrafo-segundo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.<sup>503</sup>

Sin embargo, para que una conducta sea culpable no sólo interesa que el agente haya sabido o estado en condiciones de conocer la índole penal de su injusto, sino también que le sea racionalmente exigible ajustarse a la norma. (Artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 61-V de la Iniciativa). Por lo que es posible que la profunda convicción religiosa de una persona, en un caso concreto le dificulte de tal modo ajustarse a la norma, que vuelva racionalmente inexigible tal ajuste, aunque la misma persona sepa la punibilidad de tal clase de conductas.

Así, Zaffaroni observa

“...la culpabilidad no requiere que el individuo haya introyectado los valores jurídicos, porque las más de las veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que se requiere es que el agente haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano que conoce la antijuridicidad de su conducta estaría en condiciones de introyectarla. Ésta sería una ficción tan tremenda como la que implicaba el error *juris nocet*. Un derecho penal antropológicamente fundado y elaborado conforme a principios reductores del poder punitivo, no puede menos que tomar en cuenta la efectiva posibilidad de internalización del derecho que el ser humano haya tenido”.<sup>504</sup>

4. Pues bien, con esa orientación puede suceder que el autor por conciencia religiosa, que actúe en función de un sistema cerrado de valoraciones de esa índole, en ciertos casos deba realizar un esfuerzo extraordinario y mayor que el objetor de conciencia que se base en valoraciones éticas o aun políticas, para ajustarse a la norma, que al menos permite apreciar una significativa disminución de su grado de culpabilidad.

E incluso, si ese sistema cerrado de valores religiosos le ha sido culturalmente inculcado al autor durante su vida, de tal modo que, por provenir de una cultura donde así fue formado, le motive un esfuerzo mayor de introyección –que no falta de conocimiento– de la norma penal a la que se vea sometido a efecto de ajustarse a ella, quepa considerar en serio la exculpación por inexigibilidad de ajustarse a la prohibición penal de la norma.

5. Se conduce con difícil introyección del injusto penal –en el sentido antes apuntado– el ministro que resida en una comunidad religiosa rural y deje morir al pequeño hijo que fue lesionado por un animal bravío, al obrar en acato a los mandatos de su ministerio y fe religiosa de no interferir con los designios de Dios. Igualmente (y suponiendo –sin conceder– que no se tratara del cumplimiento de un deber de reserva): el ministro religioso que en la investigación de un delito se niega a revelar el secreto de la confesión al que lo obligan sus mandamientos eclesiásticos y de convicción esencial para preservar su religión, no obstante que el juez le requiera que produzca tal información en el testimonio.

503 El precepto citado dispone: “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”.

504 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., p. 704 y ss.

6. Por su parte, Fátima Flores Mendoza hace un completo análisis de los lances relacionados con “*La objeción de conciencia en el Derecho Penal*”, como intitula su valioso estudio monográfico. Y respecto a los casos de objeción de conciencia religiosa que afectan la culpabilidad, aquélla sostiene que existe una doble disminución de la misma. Así Flores Mendoza apunta que en esos eventos la doble reducción de la culpabilidad se basa “...en la presión síquica que vive el objetor..., [y a la vez]...plantea en el objetor un conflicto de tal intensidad que puede conducir a la destrucción personal [de la personalidad]...del mismo”.<sup>505</sup> Eventos en los que cabe fundar la inculpabilidad en la inexigibilidad de los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 61-V de la Iniciativa.

### III. Causas de exculpación por pena preventiva innecesaria

1. Roxin señala como punto de partida de su consideración, la distinción doctrinal entre causas que excluyen la culpabilidad y las causas exculpatorias, para incluso ir más allá, al estimar que fuera de los supuestos de inimputabilidad y error invencible, siempre hay un remanente de culpabilidad en virtud de que el agente “podía actuar de otro modo”. Dice Roxin respecto de cuando se es inimputable o se actúa bajo error de prohibición invencible “...faltaría la culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo”. Por el contrario, en las causas de exculpación que se corresponden con el temor fundado y el estado de necesidad disculpante –según Roxin– “...queda una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador sólo renuncia en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad”.<sup>506</sup>

2. Con base en esas reflexiones Roxin estima que “en las causas de exculpación se trata no sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista”. Las que él llama “...causas de exclusión de la responsabilidad por falta de la necesidad preventiva de la punición”.<sup>507</sup>

3. Empero, ello también puede asumirse dentro del concepto finalista de culpabilidad. Y es que el sustrato de la culpabilidad no solo es poder ajustarse a la norma, sino sólo cuando las circunstancias hagan razonablemente exigible tal ajuste. Por tanto, no solo se trata de “poder conducirse de otro modo”, sino de que las circunstancias del autor y del caso vuelvan “racionalmente” exigible que se ajustara a la norma.

4. En sentido contrario, como señalan los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, habrá inculpabilidad cuando “...atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.”

5. En el contexto de la ley penal mexicana no parece encontrar asidero la expresión “responsabilidad” como casi sustituta de “culpabilidad”, que emplea Roxin. Sin embargo, la razón semántica no quita la validez del argumento de Roxin, de que la pena deba excluirse cuando su imposición sea preventivamente innecesaria por excesiva, que él llama causas de no-responsabilidad y que en México se implica en la excluyente de los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 61-V de la Iniciativa. Porque la idea de exigibilidad de ajustarse a la norma sólo cobra su pleno sentido en virtud de la necesidad racional de una pena proporcional (artículo 22 C.)

Ya que, si en casi todos los casos “podría actuarse de otro modo”, lo que más interesará es que no concurren circunstancias extraordinarias que justamente hagan intolerable que deba aplicarse una pena –debido a que su imposición sea innecesaria o desproporcional–, en tanto aquéllas volvían inexigible a la persona ajustarse a la norma, y las que pueden fundarse como excluyentes de delito conforme a los artículos 15-fracción IX del CPF, 29-IV del CPDF y 61-V de la Iniciativa. Esto es, cuando según las circunstancias, no era racionalmente exigible que la persona se ajustara a la norma. Dentro de la cual subyace la falta de necesidad de pena concreta, como derivación del principio de proporcionalidad del artículo 22 C.

6. Ahora bien, ¿cómo se fundamenta la medida de la pena que se impone por un injusto culpable? Pregunta que lleva a la individualización judicial de la pena para su imposición, que es el tercer momento en el que el poder punitivo del Estado debe manifestarse ante las personas con respeto a sus derechos humanos, sus garantías individuales y principios constitucionales y convencionales que limitan al mismo poder punitivo.

## APARTADO UNDÉCIMO

### DETERMINACIÓN DE LAS PENAS

#### SECCIÓN PRIMERA

#### ACLARACIÓN IMPORTANTE SOBRE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

505 Flores Mendoza, Fátima, “*La objeción de conciencia en derecho penal*”, Granada, Editorial Comares, 2001, pp. 267 y 268.

Nota: El contenido entre corchetes es mío.

506 Roxin, Claus, *idem*, op. cit., p. 815.

507 *Ídem*, pp. 815 y ss.

1. Esta Comisión ha observado que los tribunales de juicio, para imponer la pena de prisión a la personas sentenciadas, la individualizan conforme a las pautas del artículo 103 del Código Penal del Estado de Coahuila, y no de acuerdo con las previstas al respecto en el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sin que los tribunales del juicio motiven por qué inaplicán el citado numeral 410, no obstante que el artículo 1º del mismo Código Nacional de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

“Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

2. La cuestión planteada impelió a esta Comisión a examinar si los tribunales del juicio proceden correctamente al inaplicar el artículo 410 de Código Nacional de Procedimientos Penales, sin motivar y fundar porqué cabe la referida inaplicación normativa, para aplicar en su lugar el artículo 103 del Código de Procedimientos Penales del Estado, no solo para imponer penas de prisión conforme a las reglas de la individualización penal del citado artículo 103, sino también para determinar las normas punibles tratándose de concurso material e ideal de delitos, dado que todo acto de autoridad privativo de la libertad, debe estar motivado y fundado, según se deriva de la interpretación sistemática de los artículos 14 y 16 Constitucionales.

3. Ahora bien, en materia penal un juez o tribunal solo puede inaplicar o desaplicar un precepto legal que a prima facie sea el aplicable al caso de que se trata, cuando lo estime inconstitucional, siempre y cuando, cumpla con los requisitos que se derivan de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º Constitucional en relación con el artículo 133 de la misma Constitución.

El primero. Que el juez o tribunal, evidencie la aparente divergencia u oposición del precepto legal cuestionado, con alguno o más de los derechos humanos o garantías de que disfruta la persona imputada o sentenciada, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados en materia de derechos humanos y garantías, de los que el Estado Mexicano sea parte.

Y el segundo. Para que el juez o tribunal pueda cumplir ex-officio con el control difuso de constitucionalidad, instituido en los artículos 1º y 133 Constitucionales, es preciso que primero explore la viabilidad de interpretar conforme a la Constitución el precepto legal cuya inconstitucionalidad ponga en duda, porque si a través de dicho método, es posible que salve la aparente oposición del precepto legal con derechos humanos o garantías, luego, aquél debe estarse a dicha exégesis, y, por tanto, no inaplicar ni desaplicar, según sea el caso, el precepto legal que a prima facie percibía como inconstitucional.

4. Lo expuesto encuentra apoyo en los párrafos segundo y tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 133 de la misma Constitución, en cuanto disponen:

“Artículo 1o. ...: Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

En tanto el artículo 133 constitucional preceptúa:

“Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Al respecto, también es aplicable la tesis siguiente:

**CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO.** Para realizar el control difuso de constitucionalidad –connotación que incluye el control de convencionalidad– en la modalidad ex officio, no sólo debe considerarse que se colmen sus requisitos de procedencia y admisibilidad, es decir, sus presupuestos de forma, adjetivos y sustantivos, ya que atento a su naturaleza, regida por el principio iura novit curia, precisa de una metodología que posibilite su correcta realización, pues su resultado no es cualquiera, sino la expulsión de normas generales del sistema legal. Así, la evaluación de la constitucionalidad de esas normas puede efectuarse siguiendo los siguientes pasos: I. Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional; II. Reconocer los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establezcan su alcance e interpretación; III. Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control; IV.

Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos; V. Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía; VI. Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y pro homine; y, VII. Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano. Lo anterior sin dejar de observar que en el control difuso de constitucionalidad ex officio, existen otros aspectos sustantivos e instrumentales que a la par deben considerarse, como son: a) la presunción de constitucionalidad de las normas del sistema jurídico; b) que algunas de éstas tienen por objeto cumplir con las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos, lo cual debe ponderarse para fijar los alcances de una decisión, sin que ello signifique que aquéllas no puedan resultar inconstitucionales; y, c) que un incorrecto control difuso de constitucionalidad, también puede ser reparado mediante los recursos en un control difuso de constitucionalidad ex officio a la inversa, es decir, así como un Juez de primer grado en ejercicio oficioso de control puede concluir equivocadamente que una norma general es inconstitucional, el tribunal de segunda instancia también le puede regresar la regularidad constitucional a la norma oficiosamente, pues de otra manera se permitirá la inaplicación de una norma que sí era constitucional”.<sup>508</sup>

5. Ahora bien, para resolver las cuestiones planteadas, primero, en el sentido de si ¿compete a los tribunales de juicio oral individualizar e imponer la pena de prisión a las personas sentenciadas conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, o conforme al Código Penal del Estado?, Y segundo, ¿a cuál de los dos códigos competere fijar las reglas de punibilidad de los concursos material e ideal de delitos?

Lo primero que cabe destacar, es que el artículo 73-XXI-c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le concede al Congreso de la Unión la facultad para establecer: “una legislación única en materia procedimental penal...”, pero no así para legislar respecto a la individualización e imposición de las penas de prisión, ni para fijar las reglas de punibilidad de los concursos real e ideal de delitos, las cuales ciertamente no son cuestiones “procedimentales”, sino esencialmente “penales”, por incidir directamente en la privación de la libertad de las personas sentenciadas.

6. Sin que pueda estimarse que al regular ahora el Código Nacional de Procedimientos Penales a la individualización e imposición de la pena de prisión, así como las reglas de punibilidad de concursos reales e ideales de delitos, convirtió su normación en cuestiones de índole procedimental; porque si la naturaleza penal o procesal de las normas dependiese de su ubicación en un código penal o en uno procedimental, bastaría con trasladar todas las normas de un código penal a uno de procedimientos penales, para considerarlas de naturaleza procedimental, lo cual ciertamente sería irracional, más aún, cuando las pautas legales para individualizar e imponer la pena de prisión y fijar la punibilidad de concursos materiales e ideales de delitos, no son normas de procedimiento, sino que atañen la privación de la libertad de una persona que se le han de imponer como penas exactamente aplicables al delito de que se trata, conforme al artículo 14 Constitucional.

7. La antinomia tampoco puede resolverse sosteniendo que si el artículo 1º del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que sus “disposiciones... son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales...”, luego, cabría pensar que el Congreso de la Unión reservaría la aplicación del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales a los delitos federales, dejando a las entidades federativas la regulación de la individualización e imposición de las penas en sus códigos penales.

Simplemente, porque dicha solución lo único que lograría sería generar otra aporía, en tanto el artículo 1º del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que el mismo “...será de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales...”, pero sin excluir a estos últimos de la observancia del artículo 410 de dicho código, que regula la individualización e imposición de las penas respecto a los delitos que sean competencia de órganos jurisdiccionales locales.

8. Menos aún sería válido argüir que si conforme el artículo 21 C., “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”, luego, sería lógico que conciernan a un código procedimental, las normas que regulen la imposición de las penas, su modificación y duración, porque esa salida no quitaría la inconsecuencia que también es a los jueces a quienes en la sentencia le compete declarar si es o no delito la conducta imputada, y no por ello todas las normas que regulen al delito serían procedimentales, pero no penales.

9. Si lo anterior es como se indica, es claro que el Congreso Federal se excedió de las facultades que le fueron conferidas por el Poder de Reforma en el artículo el artículo 73-XXI-c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer: “una legislación única en materia procedimental penal...”, pero no así para legislar respecto a la individualización e imposición de la pena de prisión y en cuanto a las reglas de punibilidad en concursos material e ideal de delitos, las cuales ciertamente no son cuestiones “procedimentales”, sino esencialmente “penales”, por incidir directamente en la privación de la libertad de las personas sentenciadas.

10. Al proceder de la manera indicada, el legislador federal también invadió la competencia de las entidades federativas para legislar sobre las cuestiones antes dichas en sus códigos penales, en tanto que, conforme al artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “las facultades no concedidas expresamente a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados”.

11. Todo lo cual conduce a que si los tribunales de juicio del Estado aplicasen el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para individualizar e imponer penas de prisión a las personas sentenciadas, violarían en su perjuicio la garantía instituida en los artículos 14 y 16 Constitucionales, pues interpretados contextualmente, aquéllas tienen el derecho de ser juzgadas “ante un tribunal previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas [por autoridad «competente»] con anterioridad al hecho”, según lo dispone el artículo 14 Constitucional en relación con el artículo 16 de la misma Constitución.

Pues no solo se trata de que toda persona tenga derecho a ser juzgada por una autoridad judicial “competente”, sino también de que sea juzgada por leyes expedidas por autoridades “competentes” con anterioridad al hecho, si no, ¿cómo podría ser material y constitucionalmente “competente” el juez o tribunal que la juzgase conforme a leyes expedidas por autoridades constitucionalmente incompetentes?

12. Siendo como se indica, en criterio de esta comisión, los tribunales de juicio del Estado obran correctamente al inaplicar el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales y en su lugar estarse a la legislación estatal, lo que impele a esta Comisión proponer, por una parte, que se continúen estableciendo las reglas atinentes a la determinación de los marcos punibles aplicables a los delitos, así como la unificación de sus penas, cuando se trate de concurso material o ideal de delitos, o de delitos continuados cuando solo se juzgue una parte y luego en diverso proceso se pretenda juzgar la restante.

Y por la otra, continuar en el Código Penal con la regulación de las normas para individualizar y cuantificar las penas de prisión a imponer respecto a los delitos cometidos; sin perjuicio de que, si en una controversia constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidiera lo contrario, el Código Penal se reforme en lo conducente, en vez de mantener la aplicación del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales que, si se llegase a declarar inconstitucional, se originarían peligrosas lagunas en el Código Penal sobre las reglas de determinación e individualización de las penas que conducirían a la impunidad de los sentenciados de muchos delitos.

## SECCIÓN SEGUNDA

### BASES CONSTITUCIONALES PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA

1. En el contexto señalado, la determinación judicial de la pena es el tercer momento –de los cuatro básicos– en el que se manifiesta el poder penal ante las personas. Esto es, cuando conmina con penas –creando los tipos penales–, cuando concibe lo que es delito respecto de una conducta determinada, cuando impone penas, y cuando las ejecuta. Y como sucede con los demás momentos, la imposición de las penas, su cuantificación y modificación (que es propia y exclusiva de la autoridad judicial, garantizada en el artículo 21 C.), también ha de ajustarse a principios y derechos fundamentales que limitan y canalizan la potestad de punir.

En efecto, respecto al sistema de imposición de penas en México –según la C. y la SCJN–, el legislador y el juzgador deben encauzar su labor de manera acorde con ciertos principios, garantías e imperativos constitucionales, entre ellos los de legalidad, culpabilidad de acto, motivación, proporcionalidad, non bis in idem, reparación del daño y reinserción social, para que las penas no sean excesivas y en su imposición y ejecución se respete la dignidad del ser humano, de acuerdo con los artículos 1º, 14, 16, 17, 18, 20, 22 y 23 de la C.<sup>509</sup>

De ahí que en acato al principio (y mandato) de proporcionalidad del artículo 22 C, el legislador no sólo ha de cuidar que el marco punible que fije al delito, sea el adecuado, indispensable y estrictamente proporcional para disuadir que se afecte al bien jurídico protegido, según la gravedad abstracta del delito y de la afectación, sino para que en virtud de dicho principio y de la garantía de aplicar la pena al delito de que se trata, del artículo 14 C., los jueces la individualicen motivadamente dentro de aquel marco punible –con respeto a la dignidad del sentenciado–, en proporción a la gravedad concreta del injusto culpable (delito), sin recalificar sus elementos, en respeto al principio non bis in idem del artículo 23 C., así como la viabilidad de lograr en la aplicación o ejecución de la pena, la reparación del daño y la reinserción del sentenciado a la sociedad (artículos 1º, 16, 17, 18, 20 y 22 C.)

---

509 Así se desprende de las disposiciones constitucionales señaladas y de las tesis de jurisprudencia de rubros siguientes: “LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”, tesis de jurisprudencia P. /J. 102/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 599, y “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO”, tesis de jurisprudencia 1a. /J. 110/2011 (9a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, p. 643.



## A. PASOS PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA

1. La determinación de la pena por parte del juzgador, se articula en México en tres pasos. El primero atañe a la identificación de las penas legales aplicables al delito o delitos de que se trate, así como a la ubicación de los marcos punibles que respecto de ellos fije la ley. Por lo que una vez situada la pena legal y su marco punible para el delito (o delitos, en caso de concurso), ocurre el segundo paso, cual es la individualización “en sentido estricto” de la pena, es decir, la cuantificación de la pena que el juez ha de imponer dentro de aquel marco, según los factores que señala la ley, de manera proporcionada a la gravedad concreta del delito. Luego, como tercer paso, tal vez el juez tenga que decidir, bajo ciertos límites, si cabe reducir y/o suspender condicionalmente la pena, o bien sustituirla. Paso que cabe llamar como determinación judicial de la pena “en sentido amplio”.<sup>510</sup>

2. En los referidos pasos ya es posible diferenciar dos modelos en la determinación de la pena en México. En primer lugar, respecto a la tarea de ubicar la naturaleza de las penas y sus marcos punibles aplicables al delito o delitos de que se trata, desde la misma ley penal prevalece un modelo cerrado que asigna al juzgador una labor de seguimiento preciso –con poco margen de discrecionalidad– de ubicación de las penas aplicables y sus respectivos marcos punibles para el delito o delitos de que se trate, dentro de los cuales el juzgador debe luego individualizar las penas que imponga, mediante un segundo modelo de arbitrio establecido en la ley, que le otorga a aquél mayor poder discrecional para cuantificar las penas, reducirlas, suspenderlas y/o sustituirlas.

3. La diferencia entre ambos modelos se halla pues, en el distinto margen de arbitrio o discrecionalidad concedido legalmente al juzgador en uno y otro modelo, esto es, por una parte, para fijar el marco punible (medido ex ante en unidades de tiempo por la ley), y por la otra, para cuantificar (dentro de aquel marco) la pena aplicable al delito o delitos de que se trata y, en su caso, reducirla, suspenderla o sustituirla. El primer modelo de índole cerrada, asume el ejercicio jurisdiccional del juez como una “simple operación”,<sup>511</sup> sin mayor espacio de arbitrio judicial, motivo por el cual cabe hablar de fase legal de determinación del marco punible; mientras el segundo modelo concede al juzgador discrecionalidad para cuantificar la pena aplicable al delito dentro de su marco punible, así como para reducirla, suspenderla o sustituirla (bajo ciertos límites), misma que cabe llamar fase judicial de individualización de la pena.

4. El modelo cerrado no cambia respecto a un delito en grado de tentativa, o con modalidades atenuantes o agravantes vinculadas a su tipo penal, o cuando se efectúa con exceso de alguna causa incompleta de licitud, con imputabilidad disminuida o con ignorancia o error vencibles de tipo o de prohibición, dado que todas esas circunstancias forman parte del delito, ya sea como elementos contingentes de su tipo penal, pero esenciales cuando éste se concreta con tales modalidades legalmente vinculadas al mismo, por ejemplo, con riña o alevosía respecto al homicidio, o bien como circunstancias que atenúan el desvalor del injusto, o la exigibilidad, mismas que probadas, el juez solo tiene que declararlas y enseguida ajustar el marco punible asignado al tipo penal de que se trate, según la medida de atenuación o agravación de ese marco ya dispuesta en la ley.

5. El modelo mexicano cerrado de determinación de la punibilidad aplicable (en el que la pena y su marco punible se determinan ex-ante en la ley), en apariencia no sufre excepción en un concurso ideal o real de delitos, o en un delito continuado, aunque la ley sí concede al juez espacios de arbitrio para decidir incrementos a la pena impuesta en los concursos y en el delito continuado. En los delitos de penalidad alternativa, la ley también señala las penas que cabe aplicar alternamente al delito y el marco punible de cada una, pero más allá de ello, la ley deja al juez decidir cuál de las penas alternas impondrá y su alcance, como también en casos de pena humanitaria o innecesaria, la ley permite al juez ponderar racionalmente bajo ciertas condiciones, si aún considera necesaria la pena de prisión o cabe sustituirla por medidas de seguridad y fijar sus modalidades.<sup>512</sup>

Cabe entonces ocuparse del primer paso, en el que opera el modelo cerrado de ubicar –conforme a la ley y sin mayor margen de arbitrio– la naturaleza de las penas y sus marcos punibles, aplicables al delito o delitos de que se trate, en este último caso, cuando haya concurso real o ideal de los mismos.

## B. EL MARCO LEGAL PUNIBLE Y EL FIN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS

1. La pena de prisión respecto de un delito, se halla expresada en cada tipo penal mediante un mínimo y un máximo de duración de aquella pena aplicable al delito de que se trata. Esos extremos mínimo y máximo vienen a constituir el marco legal punible –o espacio temporal determinado ex ante en la ley–, dentro del cual el juez ha de individualizar la pena concreta de prisión

510 Los tres pasos son señalados por Mir Puig respecto a España, pero los cuales también son aplicables en México. Véase a Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2010, pp. 303.

511 Idem, Mir Puig, Santiago, op. cit., p. 306.

512 Los modelos –cerrado y de arbitrio– referidos al sistema de determinación de la pena, son destacados en España, entre otros, por Besio Hernández, Martín, op. cit., nota 16, pp. 40 y 41, Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1999, pp. 43-44, Bacigalupo Zapater, Enrique; “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *Teoría y práctica del Derecho penal*, II, Madrid/ Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 935 y ss., Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée; *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 538, y Choclán Montalvo, José Antonio, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad, la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, Ed. Colex, 1997, p. 107 y ss.

–expresada en unidades de tiempo, años y/o c– que deba imponer al sentenciado por el delito cometido, y en su caso, según las condiciones señaladas en la ley, reducirla, suspenderla o sustituirla por otra.

2. Tal sistema de marcos punibles, que consiste en fijar en cada tipo penal un mínimo y máximo de pena para cada delito, es –como antes se dijo– una derivación directa del principio de proporcionalidad, ahora sustentado expresamente en el artículo 22 C., del cual no solo se desprende que toda conminación penal que cree el legislador sea idónea, necesaria y proporcional “para disuadir la afectación a un bien jurídico, según su importancia y la gravedad del delito”, frente al peso de las posiciones de derechos fundamentales que se afligen con la conminación penal; sino también involucra que el legislador deba establecer un marco de punibilidad para cada delito, que permita al juzgador cuantificar la pena dentro de los extremos de dicho marco, precisamente de manera proporcionada a la gravedad concreta del injusto culpable (delito) realizado por el sentenciado.

3. Si ello es así, ya cabe entender que los marcos punibles de cada tipo penal, reflejan los efectos preventivo-generales que el legislador estimó necesarios para disuadir conductas que afecten los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes tipos penales; por lo que cualquier pena que respecto a un delito aplique el juzgador dentro de los marcos punibles de ese delito y conforme a las pautas legales para individualizarla, ya tendrá la suficiente capacidad –legislativamente estimada– de satisfacer fines de prevención general ante terceros, es decir, para que se abstengan de afectar al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, de la manera descrita en el mismo.

Sin embargo, una cosa es la función disuasiva ante terceros que pueda tener la pena impuesta por un delito, dentro de un marco punible cuyo fin legislativo es la prevención general, y otra muy diferente es que el juzgador pueda tomar en cuenta el efecto inhibitorio de la pena para individualizarla. Ya que no será legítimo que el juzgador cuantifique la pena para que otros se guarden de cometer delitos como el que pune, porque en tal caso aquél no respetará la dignidad del sentenciado, protegida en el artículo 1º C., al instrumentarlo penalmente para desalentar a los demás. Lo que no ocurre con las amenazas abstractas que involucran los marcos punibles de los tipos, en tanto éstos y aquéllos se dirigen a todos y no a una persona en particular.<sup>513</sup>

4. Todo ello significa, tratándose de una pena de prisión, que para cuantificar la pena de prisión que imponga al sentenciado, el juzgador deba primero atender al marco punible de esa pena –asignado en la ley al delito de que se trate–, para que luego, imponga una pena al sentenciado, que respecto a dicho marco sea proporcionada según la gravedad concreta de la conducta típica, antijurídica y culpable realizada por aquél. Así, el marco legal punible determinado por el legislador como proporcional a la gravedad abstracta de la conducta descrita en el tipo penal (artículo 22 C.), sirve luego como un primer parámetro al juzgador para imponer una pena que sea proporcionada a dicho marco, según la gravedad concreta del injusto y el grado específico de culpabilidad, que el mismo juzgador habrá de apreciar según los factores legales señalados al efecto.

5. Y en tal trama, saber en México cuál es aquel marco legal punible, no presenta problema cuando se trata de un solo delito cuyo tipo penal sea complementado, privilegiado o básico,<sup>514</sup> o cometido éste último con una modalidad agravante o atenuante vinculada legalmente al mismo, ya sea doloso o culposo, o bien cuando el delito doloso sea consumado o en grado de tentativa, o cometido con exceso de una causa de licitud, o con ignorancia o error de prohibición vencibles, incluso, cuando respecto al delito de que se trate la ley no especifique cuál es el mínimo del marco punible aplicable, caso en el que cabe atender a la regla general establecida en la misma ley, respecto al mínimo aplicable de prisión.

6. No obstante, la cuestión cambia de cariz cuando el juez deba imponer pena por varios delitos: sea porque se cometieron a través de una sola conducta que dio pie a un concurso ideal de delitos, o bien porque se trata de un concurso material, esto es, de delitos cometidos con conductas distintas. Ya que en esos casos puede variar el marco punible según el concurso de delitos de que se trate, como también pueden cambiar –en cierta medida– las pautas para cuantificar la pena. Como del mismo modo es importante precisar cómo debe determinarse el marco punible, cuando un delito se cometa con varias atenuantes o agravantes compatibles, con sus propios marcos de punibilidad. Me ocupo primero de este problema.

### C. EL MARCO PUNIBLE EN UN SOLO DELITO

1. Hay delitos en los que la ley señala la proporción en que se atenúa o agrava el marco de punibilidad asignado al tipo básico de un delito consumado, sin importar el número de modalidades que concurran. No sucede así en otros casos, en los que respecto a un delito concurran varias modalidades vinculadas al mismo, o concurra una de ellas con otra u otras referidas a cualquier delito, con sus propias fórmulas de atenuación o agravación del marco punible previsto para el tipo penal básico.

2. En efecto, el problema se plantea cuando en un delito converjan modalidades atenuantes o agravantes compatibles, u otras causas de atenuación, con sus propios marcos de reducción o aumento del marco de punibilidad previsto para el delito consumado

---

513 En España se pronuncia en un sentido muy similar al apuntado, Martín Besio Hernández en, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, Universidad de Barcelona, Tirant Le Blanch, 2011, p. 222 y ss.

514 El párrafo último del artículo 32 del CPC establece: “Los tipos penales complementados y privilegiados son tipos autónomos con punibilidad propia, la cual se incrementa o disminuye, respectivamente, en virtud de los elementos adicionales insertos en aquéllos, y que sin los mismos constituirían tipos penales básicos”.

3. Sin embargo, la Iniciativa es escrupulosa en las reglas a observar para fijar el marco punible de la pena de prisión aplicable al delito de que se trate, en tanto introduce ciertas pautas que se relacionan con los principios de “especialidad” y de “consunción”, generados por la doctrina para procurar la exacta aplicación de la ley penal, en acato al artículo 14 C.

En efecto, la Iniciativa dispone que el juzgador atenderá primero a la punibilidad legal mínima y máxima que señale la ley para el tipo penal básico, complementado o privilegiado doloso de que se trate,<sup>515</sup> ya sea consumado o como tentativa punible o su equiparada, y en su caso, dicha punibilidad legal mínima y máxima se ajustará por el juzgador, según el marco de punibilidad legal asignado a la forma típica de intervención de que se trate. O bien, el juzgador atenderá a la punibilidad legal mínima y máxima señalada en el código para el tipo penal culposo que corresponda, con inclusión de los casos de error vencible de tipo penal que admita la culpa, que se tratará como delito culposo.

Asimismo, la Iniciativa dispone que el juzgador aumente o reduzca en la medida señalada en la ley, los límites punibles fijados conforme al párrafo precedente, cuando concurren circunstancias calificativas o modalidades agravantes, o bien modalidades atenuantes, vinculadas legalmente al tipo penal de que se trate, o bien una eximente incompleta por exceso, así como cuando haya error o ignorancia vencibles de prohibición o de exigibilidad. En la inteligencia que quien cometa o participe en un delito concretando cualquier modalidad atenuante o causa de atenuación, estará excluido respecto de ese delito, de la imputación de cualquier circunstancia calificativa o modalidad agravante.

También la Iniciativa precisa que quien padezca imputabilidad disminuida considerable, no estará excluido de incurrir en modalidades atenuantes o agravantes, o en las circunstancias calificativas de un delito, ni de que pueda concretar un tipo penal complementado o participar en su comisión, casos en los que la reducción de la punibilidad que le corresponda a quien la padezca, se hará a partir del marco de punibilidad que resulte para el delito cometido, el cual en su caso se ajustará luego a la forma típica de intervención de aquél.

En su turno, la Iniciativa establece que los tipos penales complementados no admiten las circunstancias calificativas o modalidades agravantes que la ley vincule al tipo penal básico del delito de que se trate, las cuales si concurren excluirán la aplicación del tipo penal complementado, y el aumento de pena que corresponda por aquéllas, se hará a partir del marco punible del tipo básico. De la regla anterior se excluye al feminicidio, mismo que se concretará con independencia de que en su comisión concurren o no una o más circunstancias calificativas previstas para el homicidio doloso, las que, en su caso, solo se tomarán en cuenta al individualizar la pena de prisión.

En similar orden de ideas, la Iniciativa abunda que la concreción de algún elemento especializante de un tipo penal privilegiado que motive su atenuación legal, o de cualquier modalidad atenuante prevista para el tipo penal básico del delito de que se trate, con inclusión de error vencible de tipo penal que admita la culpa, o bien de eximente incompleta por exceso, o de error o ignorancia vencibles de tipo o de prohibición, excluirá la aplicación del tipo penal complementado que aparente concurrir.

Al igual que cuando el delito se haya realizado con dos o más modalidades atenuantes del tipo penal o del delito, salvo disposición específica, solo se atenderá a la que señale el mínimo y máximo punibles menores, más si son discrepantes los límites mínimos y máximos punibles de las modalidades, se estará al mínimo menor, con el máximo menor de todas las modalidades en concurso y, en cualquier caso, los extremos mínimo y máximo punibles que resulten, se aumentarán en una cuarta parte más.

En esa línea de pensamiento, la misma Iniciativa también manda que cuando concurren dos o más modalidades agravantes del tipo penal, se atenderá a la que señale el mínimo y máximo punibles mayores, más si son discrepantes los límites mínimos y máximos punibles de las modalidades, se estará al mínimo mayor, con el máximo mayor de todas las modalidades en concurso y, en cualquier caso, los extremos mínimo y máximo punibles que resulten, se aumentarán en una cuarta parte más.

Cabe ahora ocuparse de la punición en el concurso de delitos, así como de los casos en los que se impongan penas en distintos procesos penales, no acumulados.

### SECCIÓN TERCERA

#### ¿RESPUESTA PUNITIVA MÚLTIPLE O UNIFICADA?

##### A. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA RESPUESTA PUNITIVA

---

515 La Iniciativa también establece: “Los tipos penales complementados y privilegiados son tipos autónomos con punibilidad propia, la cual se incrementa o disminuye, respectivamente, en virtud de los elementos adicionales insertos en aquéllos, y que sin los mismos constituirían tipos penales básicos”.

1. El principio de unidad de la respuesta punitiva ante varios delitos cometidos por la misma persona, deriva del principio de proporcionalidad del artículo 22 C., en el sentido de que trata de evitar penas excesivas respecto de aquélla. Dicho principio es destacado con elocuencia por Zaffaroni, Alagia y Slokar, en su obra “Derecho Penal”,<sup>516</sup> motivo por el cual estimo pertinente remitirme a su pensamiento en este apartado, que transcribo en los cuatro párrafos siguientes:

“Todo delito es una acción y toda acción tiene un agente; igualmente, todo ejercicio del poder punitivo tiene un sujeto. Cuando existen varios delitos cometidos por el mismo agente, pueden ser totalmente independientes excepto en dos aspectos: el agente de todas esas acciones y el sujeto de todas esas penas es la misma persona. Sólo acudiendo a la ficción de que pueden considerarse acciones sin agente y coerciones sin sujeto, sería posible pluralizar indefinidamente las penas y anarquizar la reacción punitiva y su control judicial”.

“Por otra parte, no puede admitirse que el estado ejerza poder punitivo a través de privaciones de derechos que se acumulen en forma indefinida sobre una misma persona, porque agotarían la capacidad de sufrimiento o los derechos de que puede ser privada; siendo el eje central de las manifestaciones lícitas del poder punitivo las penas privativas de libertad medidas en tiempo, es obvio que cada persona dispone de cierto tiempo de vida y no más”.

“El hecho inevitable de que las penas impuestas en tiempo lineal se ejecuten en tiempo existente, hace que su efecto también sea existencial, lo que impide la acumulación irracional –y hasta absurda– desde la perspectiva del tiempo ejecutivo. De allí que cualquiera sea el número de penas que deban ejecutarse sobre la misma persona, el mínimo de racionalidad exigido a todo acto de poder legítimo hace necesario unificar el trato punitivo conforme a las particularidades individuales del sujeto concreto”.

“Por todo ello, el estado reduce la irracionalidad de su repuesta punitiva en la medida en que lo hace de modo coherente –atendiendo a la persona concreta, que no puede escindirse de su acción y, por el contrario, la amplía, en la medida en que reacciona desordenadamente y en base a infracciones consideradas como si no tuviesen autor. Este principio debe respetarse tanto (a) cuando existe una única acción pluralmente típica; (b) cuando existe una pluralidad de injustos que deben ser condenados simultáneamente; o (c) cuando existe una pluralidad de condenaciones que importan una pluralidad de penas o de restos de ellas que deben ejecutarse sobre la misma persona”.<sup>517</sup>

Por ello, los primeros límites que procede proponer son aquellos que, en cuanto las penas de prisión que se impongan, ya sea por uno o varios delitos, en uno o varios procesos, en su conjunto no excedan de ciertos límites temporales, que eviten una punición excesiva; o “absoluta”, en el sentido de que vuelvan vitalicia la permanencia del sentenciado en la prisión, en desatención de los artículos 18 y 22 Constitucionales.

En tal virtud, en el Proyecto se propone el artículo 89 con el tenor siguiente:

“Artículo 89 (Pena de prisión y duración)”

“La pena de prisión y su duración se regirá por las pautas siguientes:”

I. “(Concepto)”

“La pena de prisión consiste en privar de la libertad al sentenciado en las condiciones, con las modalidades, derechos, restricciones y beneficios previstos en la Ley Nacional de Ejecución Penal.”

II. (Duración de la pena de prisión)”

“La duración de la pena de prisión que se imponga por uno o más delitos nunca será menor del mínimo legal, salvo excepción expresa de la ley, ni podrá exceder de los límites máximos punibles temporales señalados en la ley para el delito o concurso de delitos de que se trate, como tampoco de los señalados en las fracciones siguientes:”

- 1) “(Pena total unificada de prisión en delito único, delitos conexos o en concurso de delitos, sin que haya un delito grave)”

“Cuando se trate de un delito único, o de delitos conexos o derivados unos de otros, o cometidos en concurso real, continuado, ideal o complejo de delitos, ya sea imputados en un mismo proceso o en procesos distintos, sin que ninguno de los delitos sea de los calificados como graves en el inciso 2) de esta fracción II, la duración de la pena total unificada de prisión por todos ellos no podrá exceder de veinticinco años.”

516 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota 20, pp. 1001 y ss.

517 Ibidem, pp. 1001-1002

- 2) “(Pena total unificada de prisión en delito único, delitos conexos o en concurso de delitos, en los que haya un delito grave)”

“Cuando se trate de un delito único, o de delitos conexos o derivados unos de otros, o cometidos en concurso real, ideal o complejo de delitos, ya sea que fueron imputados en un mismo proceso o en procesos distintos, y de ellos haya un delito calificado como grave en el párrafo segundo de este inciso 2), la duración de la pena total unificada de prisión por todos ellos nunca podrá exceder de cuarenta años, salvo cuando concurra un homicidio cometido con alguna de las calificativas previstas en las fracciones VIII, XIII, XIV, XV o XVI del artículo 182 de este código, caso en el que la duración total unificada de la pena de prisión, podrá llegar hasta cuarenta y cinco años.”

“Se consideran como delitos graves a efecto de determinar el tiempo máximo de duración de la pena de prisión que deba sufrir la persona sentenciada, respecto de un delito único, o de delitos conexos o derivados unos de otros, o cometidos en concurso real, ideal o complejo de delitos, ya sea que fueron imputados en un mismo proceso o en procesos distintos: el homicidio simple doloso, el homicidio calificado, el homicidio en riña con carácter de provocador, el feminicidio, el parricidio, el matricidio, el filicidio; la violación o violación equiparada, simples o calificadas; la violación impropia, salvo que solo se hayan empleado los dedos; la violación impropia con violencia; el robo con violencia que haya causado lesiones leves o de mayor gravedad, o cuando el robo con violencia haya causado lesiones de cualquier gravedad disparando un arma de fuego, o haya intervenido en el robo uno o más miembros de las instituciones de seguridad pública; o se haya cometido homicidio y/o robo a una o más personas que viajaban en vehículo que era conducido en tramos despoblados o desprotegidos, por caminos o carreteras federales, estatales o municipales; la asociación delictuosa, con o sin agravantes; la extorsión simple, o cometida con una o más modalidades agravantes; la simulación de retenes oficiales, las operaciones con recursos de procedencia ilícita; los delitos en materia de trata de personas, previstos en la Ley General correspondiente; los delitos de secuestro previstos en la Ley General correspondiente, salvo los contemplados en los artículos 12, párrafos primero, segundo y tercero, y 13 a 17 de la Ley citada; y, los delitos de tortura y desaparición forzada de persona, previstos en las leyes correspondientes.”

- 3) “(Pena total unificada en delitos conexos o en concurso de delitos, en los que existan dos o más delitos graves)”

“Cuando se trate de delitos conexos o derivados unos de otros, o cometidos en concurso real, ideal o complejo de delitos, ya sea que fueron imputados en un mismo proceso o en procesos distintos, y de ellos haya dos o más delitos calificados como graves en el inciso 2) de esta fracción II, o bien se trate de uno o más de los delitos de secuestro previstos en la Ley General correspondiente, salvo los contemplados en los artículos 12, párrafos primero, segundo y tercero, y 13 a 17 de la Ley citada, o se trate de uno o más de los delitos en materia de trata de personas, previstos en la Ley General correspondiente, la duración de la pena total unificada de prisión que se imponga por ellos no podrá exceder de sesenta años.”

“La duración de la pena total unificada de prisión, en ningún caso excluirá individualizar la pena en cada delito por el que se condene.

“En toda sentencia que imponga una pena de prisión se le computará el tiempo de la detención, de la prisión preventiva y de cualquiera otra restricción a la libertad personal análoga a aquéllas, motivadas en la investigación o en el proceso por el delito o delitos por los que se condena.”

## B. LA RESPUESTA PUNITIVA ANTE EL CONCURSO DE DELITOS

1. Sentado lo anterior, cuando existe un concurso de delitos, ciertamente la respuesta punitiva no es la misma de cuando se trata de punir un solo delito; como también la reacción punitiva será distinta cuando se pune un concurso ideal de delitos (originados con una sola conducta), de cuando se puna un concurso real de delitos (cometidos con conductas diferentes). Las razones de que ante un concurso –ideal o real– de delitos, ocurra siempre una pluralidad de afectaciones a los bienes jurídicos involucrados, a diferencia de cuando se trata de un solo delito, irremediablemente orientan la solución a una punición legal más grave en los primeros casos. No obstante, la pregunta es ¿qué tanta punición?

2. Para remediar el problema de la respuesta punitiva en un concurso ideal o real de delitos imputables a la misma persona, en México se ha acudido a diversas soluciones, algunas coherentes y otras discordantes con los “principios de proporcionalidad y de unidad de la respuesta punitiva” frente al mismo agente que haya cometido o participado en varios delitos, principios que tratan de evitar penas excesivas, o aquellas cuya acumulación –tratándose de penas de prisión–, importaría en realidad anular vitaliciamente la libertad del sentenciado.

Tales salidas han partido de dos que se contraponen entre sí. La respuesta punitiva de la “absorción”, que sostiene una única pena de prisión que se corresponda con la del delito más grave (según los límites mínimos y/o máximos de los marcos punibles de mayor gravedad), misma pena que atraería a las de otros delitos menos graves que concurren, solución que ha sido postulada principalmente para el concurso ideal de delitos. Y la respuesta punitiva de la “acumulación o suma” de las penas de prisión que se impongan por los delitos cometidos, misma que se ha propuesto para el concurso real de delitos.

En rigor, ambos remedios –como dice Zaffaroni<sup>518</sup> subestiman datos de realidad: la suma de penas se desentiende de la unidad del agente y tiende a imponer una pena única (resultante de la suma de varias), que bien puede devenir excesiva o anular de por vida la libertad del sentenciado; mientras la absorción desestima la pluralidad de delitos. De ahí que ante la tendencia a una punición excesiva por “acumulación” de penas y la insuficiencia punitiva de la “absorción”, se ha acudido a las correcciones que proponen las teorías de la “acumulación atenuada” y de la “aspersión”.

La teoría de la “acumulación atenuada” consiste en cuantificar la pena de prisión que corresponda a cada uno de los delitos y sumarlas luego, pero sin exceder de cierto límite temporal. Mientras la teoría de la “aspersión” consiste en seleccionar entre los delitos concursantes, el que sea más grave según el marco punible que tenga el mínimo o máximo mayor, y luego asperjar la pena impuesta, es decir, agravarla adecuadamente conforme a los demás delitos.

Así, en la teoría de la aspersión, las diferentes penas no se suman simplemente sin exceder de cierto límite corporal, sino que la pena impuesta por el delito más grave experimenta una adecuada agravación en virtud de los delitos restantes, la cual no exceda de cierto límite temporal, tampoco rebasa la pena que se impondría sumando las del delito o delitos menos graves, según la individualización de las penas que corresponda a cada uno.

### C. LA PUNICIÓN EN UN CONCURSO REAL DE DELITOS

1. En el artículo 81 de la Iniciativa, se propone la punibilidad e imposición de pena total unificada, respecto a penas de igual naturaleza, en un concurso real de delitos, de la manera siguiente:

“Respecto a las penas de igual naturaleza de los delitos en concurso real, se individualizará e impondrá la pena del delito más grave. Para determinar cuál es el delito más grave, se atenderá al que prevea el máximo punible superior, y si éste es igual al de otro u otros delitos concursantes, se individualizará e impondrá la pena del delito que prevea el mínimo punible superior, y si son iguales en todos sus extremos las penas de todos o de algunos de los delitos más graves concursantes, quedará a criterio del juez o tribunal atender al marco de punibilidad de cualquiera de estos últimos, para individualizar e imponer la pena dentro del marco de punibilidad de ese delito.”

“Luego de individualizar e imponer la pena del delito más grave en los términos del párrafo anterior, el juez o tribunal podrá aumentar la pena impuesta hasta el máximo de la pena o suma de las penas de igual naturaleza que, una vez individualizadas, correspondería imponer para el o los delitos restantes. En ningún caso, la pena total unificada de prisión que el juez o tribunal imponga podrá exceder los límites de duración de esa pena que fija el artículo 89-B de esta Iniciativa, según el inciso que se actualice del artículo 89-B citado.”

“El aumento de la pena impuesta por concurso real de delitos es potestativo, y no necesariamente tendrá que ser igual al máximo de la pena o suma de las penas, ya individualizadas, del o de los delitos restantes.”

Como podrá advertirse, el método de punición que acoge la Iniciativa en caso de concurso material de delitos es una versión relativamente benigna de la teoría de la “acumulación atenuada”, misma que, con otras, fueron objeto de varias sesiones. El resultado fue mixto. Por un lado, frente a la fórmula del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se precisó que el aumento “potestativo” debe hacerse sobre las penas ya individualizadas de cada uno de los delitos en concurso; por la otra, en la línea del Código Nacional, se determinó que fuera un aumento “potestativo”, y no con base en parámetros que, aun cuando fuesen flexibles, serían iguales para todos, para no dejar a los sentenciados a una suerte de azar judicial que va en contra de la garantía de igualdad.

### D. ¿ES ADMISIBLE UNA GRADUACIÓN GLOBAL DE LA CULPABILIDAD Y DEL INJUSTO PARA TODOS LOS DELITOS EN CONCURSO MATERIAL?

1. Cabe señalar que se tuvo a la vista y se descartó un criterio relativamente reciente, que proviene de tribunales colegiados de circuito federales, en cuanto estiman que es posible graduar una culpabilidad y una gravedad del injusto “global o conjunta”, respecto a todos los delitos cometidos en concurso real. Los criterios son los siguientes:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL ACTIVO POR LA COMISIÓN DE DIVERSOS DELITOS ES UNO SOLO, POR LO QUE DEBEN APRECIARSE EN FORMA CONJUNTA Y ARMÓNICA LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE CADA INJUSTO, EN FUNCIÓN AL COMPORTAMIENTO

DE AQUÉL Y DE SUS CARACTERÍSTICAS PERSONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Del análisis del artículo 47 del Código Penal para el Estado de Nuevo León se advierte que el sistema de individualización de la pena que acoge esta legislación es mixto, pues para fijar el grado de culpabilidad debe atenderse tanto a las circunstancias objetivas que enmarcan el evento delictivo como a las características particulares del sujeto activo, lo cual impide que pueda establecerse un grado de culpabilidad por cada ilícito cuando se trata de delitos inconexos juzgados por un mismo Juez en una causa acumulada, o en la que se instruyó el proceso penal por diversos hechos delictuosos contra el mismo individuo, pues los aspectos objetivos de cada injusto, en función al comportamiento que observó un solo sujeto, aunado a sus características personales, deben ser apreciados en forma conjunta y armónica, para evitar incurrir en contradicción sobre el grado de culpabilidad en que deba ubicársele, puesto que se trata del mismo individuo juzgado en una sola sentencia.<sup>519</sup>

De igual manera, respecto a la fórmula del artículo 79 del CPDF, para el concurso real de delitos se sostuvo el criterio siguiente:

CONCURSO REAL DE DELITOS. EL ARTÍCULO 72 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PERMITE AL JUZGADOR FIJAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO POR CADA UNO DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS, O BIEN, POR TODOS ELLOS DE MANERA CONJUNTA. Del análisis del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal se advierte que, al fijarse los criterios para la individualización de la pena, no se tomó en consideración al concurso real de delitos, toda vez que no existe una regla específica para establecer el grado de culpabilidad, esto es, si éste debe fijarse por cada uno de los ilícitos cometidos, o bien, por todos los delitos de manera conjunta; por tanto, debe estimarse que dicho precepto legal permite una interpretación en ambos sentidos y, por ello, no existe imposibilidad jurídica para que el juzgador, de una manera u otra, al momento de individualizar la pena, fije el grado de culpabilidad y pueda determinar las penas y medidas de seguridad establecidas para cada delito, con base en la gravedad de cada uno de ellos.<sup>520</sup>

2. El criterio de un grado de culpabilidad “conjunto” para todos los delitos en concurso real, se aparta de la aplicación exacta del art. 79 del CPDF, en tanto dispone: “el juez... determinará la pena... establecida para cada delito (y no de varios delitos “conjuntamente”) y las individualizará..., con base en la gravedad del ilícito (y no de varios “conjuntamente”), y de que en las fracciones que fijan las pautas para determinar esos extremos, el legislador se expresó en singular, aludiendo a “la acción u omisión” (y no a varias) –fracc. I–; a los medios para “ejecutarla” (y no “ejecutarlas”) –fracc. I–; la magnitud “del daño...o peligro” (y no “de los daños...o peligros”) –fracc. II–; al “hecho realizado” (y no a varios) –fracc. III–; a la comisión “del delito” (y no a la de varios delitos) –fraccs. IV, VI y VII–; y a la “conducta” (y no a varias) –fracc. VIII–.

3. La tesis de un solo grado “conjunto” de culpabilidad para todos los delitos en concurso real, desatiende en qué se sustentan tal grado y la gravedad concreta del injusto para fijar pena. Pues en cada delito puede ser distinto el margen que tuvo la persona para ajustarse a la norma: según “las circunstancias de modo, tiempo, lugar y antecedentes del hecho”; como también en cada delito pueden diferir “los móviles y riesgos corridos en la ejecución del hecho”. Igual cabe decir de la mayor o menor gravedad del hecho, porque de un delito a otro puede discrepar “la trascendencia de los daños, el peligro que afrontó el ofendido, su relación con el activo y la medida que ello influyó en cada delito”.

4. Los diferentes grados de culpabilidad y de gravedad de cada hecho que pueden presentarse entre las diversas conductas de los delitos concursantes, y las desiguales consecuencias jurídicas que conlleva la evaluación de cada uno de esos grados respecto a la pena que sería consecuente para cada uno de esos delitos, quedarían así nivelados si se admitiera el método de un solo grado “conjunto” (de subsumir en uno solo todas las circunstancias de los delitos cometidos en concurso).

De tal suerte que un proceder así, no podría explicar en qué medida habrían influido las disímbolas circunstancias de los diferentes delitos en la conformación de un “solo” grado de culpabilidad y de gravedad de los distintos hechos, pero visualizado de manera “conjunta o global” para todos los delitos concursantes, método que viola las garantías de aplicación exacta de la pena al delito de que se trate y de seguridad jurídica, así como el principio de proporcionalidad de la pena con el delito, derivadas de los arts. 14, 16 y 22 C.

Y es que subsumir en un solo grado de culpabilidad y –en su caso– en otro indivisible de gravedad de los hechos, las diversas circunstancias que puedan concurrir en la comisión de delitos distintos (cometidos por una persona, pero en tiempos, lugares, modos y con móviles y antecedentes diferentes, y en perjuicio de ofendidos dispares, con disímbolas trascendencias de afectaciones): de nueva cuenta impediría dar certidumbre al condenado, de en qué medida habrían influido aquellas diferencias para fijar aquel único grado respecto a todos los delitos concursantes. Favoreciendo así la arbitrariedad judicial en la imposición de penas de prisión, con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas a las que se les apliquen, por delitos dolosos que hayan cometido en concurso real.

519 Registro No. 169481, Tesis IV.1o.P.39 P., Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 1249.

520 Registro No. 165852, Tesis I.6o.P.120 P., Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1503.

5. Lo cierto es que el grado de culpabilidad y la gravedad del injusto no solo se valoran en “una sola sentencia”, o en función de “un solo individuo”, sino de éste en función de un sólo delito cometido, ya que así se deriva de la naturaleza de aquellos grados y de lo dispuesto en la ley penal. El canon de un grado de culpabilidad “conjunto” para varios delitos en concurso real sin norma legal que así lo establezca, se vuelve arbitrario al carecer de sustento legal y se torna artificial, al desatender que los grados de culpabilidad y de gravedad del injusto se evalúan en atención al ámbito de ajustarse a la norma que tuvo la persona en cada delito y de la trascendencia del daño concreto en cada injusto, mismos que no pueden fundirse en uno solo cuando se trate de varios delitos sin incurrir en una pauta espuria generada por el juzgador pero ausente en la ley penal.

#### E. LA PUNICIÓN ANTE EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS, EL DELITO CONTINUADO Y EL CONCURSO COMPLEJO DE DELITOS

En los artículos 82, 83 Y 84 de la Iniciativa, se propone la punibilidad e imposición de pena total unificada, respecto a penas de igual naturaleza, en un concurso ideal de delitos, así como la punibilidad del delito continuado y la del concurso complejo de delitos, de la manera siguiente:

1. Artículo 82 (Punibilidad e imposición de pena total unificada, respecto a aquellas de igual naturaleza, en concurso ideal de delitos)

“Respecto a las penas de igual naturaleza de delitos en concurso ideal, el juez o tribunal individualizará e impondrá la pena correspondiente al delito más grave, según lo previsto en el párrafo primero del artículo precedente, la cual podrá aumentar hasta la mitad de la pena o suma de penas de igual naturaleza que correspondería imponer, una vez individualizadas, por el o los restantes delitos en concurso ideal. En ningún caso, la pena total unificada de prisión que el juez o tribunal imponga podrá exceder los límites de duración de esa pena que fija el artículo 89-B de este código, según el inciso que se actualice del artículo 89-B citado.”

“El aumento de la pena impuesta por concurso ideal de delitos es potestativo, y no necesariamente tendrá que ser igual a la mitad de la pena o suma de las penas, ya individualizadas, del o de los delitos restantes.”

2. Artículo 83 (Punibilidad e imposición de penas en delito continuado)

“No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará en una mitad el máximo del marco punible de las penas del delito de que se trate, como si no hubiera sido continuado, y a partir del marco punible que resulte se individualizarán e impondrán las penas correspondientes.”

3. Artículo 84 (Punibilidad e imposición de pena total unificada, respecto a aquellas de igual naturaleza, en concurso complejo de delitos)

Si alguno o más de los delitos por los que se condena fueron continuados o se cometieron en concurso ideal, pero concursaron realmente con otro u otros delitos, de todos ellos el juez o tribunal individualizará la pena del delito más grave, según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 81 de este código, y enseguida, respecto del o los demás delitos restantes, podrá aplicar las reglas de aumento de pena para el concurso real de delitos, previstas en el citado artículo 81, pero en caso de que el juez o tribunal decida aumentar la pena del delito más grave, con las de igual naturaleza de los delitos menos graves que concursaron idealmente, respecto de estos solo podrá hacerlo hasta la mitad de esas penas, una vez individualizadas.

En ningún caso de concurso real, continuado, ideal o complejo de delitos, ya sean imputados en un mismo proceso o en procesos distintos, la pena total unificada de prisión que se imponga por ellos podrá exceder los límites de duración que fija el artículo 89-II de este código.

#### E.LA RESPUESTA PUNITIVA QUE PROVIENE DE PROCESOS DISTINTOS

1. El principio constitucional de igualdad ante la ley ha sido derivado por la SCJN, del párrafo último del artículo 1° C.<sup>521</sup> Tal principio también se relaciona con el de proporcionalidad, en cuanto éste exige no dar respuestas punitivas desiguales a situaciones iguales, y en tal sentido reclama, como observan Lopera Mesa,<sup>522</sup> Ferrajoli<sup>523</sup> y Carbonell,<sup>524</sup> “una igualdad «proporcionada» entre

521 Véase al respecto “IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO”, tesis constitucional 1a. CXXXVIII/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, p. 40., e “IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESCRITO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO”, tesis constitucional 1a. XCIX/2013 (10a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XIX, abril de 2013, t 1, p. 961.

522 Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de Proporcionalidad y ley penal, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 332.

523 Ferrajoli, Luigi, op. cit., nota 17, p. 467.



las punitivas”. Y justamente, la igualdad proporcionada entre las punitivas se opone a que la pena o la estancia en prisión se agraven por meras cuestiones procesales, que impidan que la repuesta punitiva por varios delitos se dé en una sola sentencia de condena, y en su lugar lleven a varias condenas con pluralidad de penas que deberían ser sumadas.

Esa especie de suerte procesal, hace que un individuo quede sometido a la aspersion o acumulacion atenuada de penas dando pie a una pena unica, por haber incurrido en un concurso real de delitos imputados en un proceso, y en otro proceso posterior, la misma persona sea sancionada por delitos que cometi6 antes del primer proceso, originandose asi un nuevo aumento en su estancia en prision, que no se habria dado si hubiera sido acusada por todos los delitos en concurso real desde el primer proceso. Es evidente el trato punitivo desigual que origina aquel azar procesal, a una situacion que ameritaba una sola respuesta punitiva. Y lo mismo sucede si en un primer proceso, al sentenciado se le pune solo por una porcion de las conductas –o actos– que integran un delito continuado, y luego en otro proceso se le pune por la porcion restante.

2. Ante las anomalias apuntadas Zaffaroni señala:

“...cabe entender que la ley no puede interpretarse en forma lesiva al principio de igualdad ante la ley”. [Y el referido fenomeno]...resulta absurdo, porque la ley procesal no puede hacer que un concurso real de delitos deje de ser tal [ni que un delito continuado se convierta en dos]. De alli que esa hipotesis de un concurso real [de delitos], juzgado en pluralidad de sentencias, requiera especial prevision, como [es] la unificacion de condenas”.<sup>525</sup> Y mas adelante aade que si no fuera asi, tambien se olvidaria “...que en el concurso real la condena unica es obligatoria, en cualquier caso, porque hay concurso real desde que se comete el segundo delito y no desde que se pronuncia la sentencia”.<sup>526</sup>

3. La solucion que dan al problema mencionado los articulos 85 y 86 de la Iniciativa, es la de tratar a los diversos delitos imputados en procesos distintos que debieron o pudieron haberse acumulado, como un solo concurso real de delitos, y tratar a las dos porciones de un delito continuado como el mismo delito si son objeto de condena en procesos distintos, en cuanto disponen:

- a) Artículo 85 (Previsiones para cuando se omite acumular procesos respecto a delitos en concurso real o complejo, o en relacion con un delito continuado)

En caso de que contra una persona se instauren y concluyan dos o mas procesos sin que se hayan acumulado, por delitos cometidos antes de que se iniciaran los procesos, y/o cometidos en el transcurso de cualquiera de ellos, y se trate de conductas de la misma persona que debieron estimarse en concurso real o complejo de delitos, o como delito continuado, en cualquier tiempo la persona sentenciada, su defensor, el ministerio publico, las victimas u ofendidos o sus representantes legitimos, o sus abogados, podran promover aclaracion especial de sentencia, para que con vista en los delitos de todos los procesos, el juez de ejecucion penal reajuste y unifique las penas que se le impusieron en los diversos procesos, conforme a las reglas del concurso real o complejo de delitos, o del delito continuado, segun corresponda.

Si alguno de los procesos aun se encuentra sin concluir o se inicia despues de concluido el o los anteriores por sentencia ejecutoria, y en aquel se hace valer cualquiera de los supuestos del parrafo precedente que motivan aclaracion especial de sentencia, cuando se pronuncie sentencia en dicho proceso, el juez o tribunal resolvera conforme a lo previsto en el parrafo anterior. Si por cualquier causa, al dictar sentencia el juez o tribunal no procede conforme a lo previsto en el parrafo precedente, a peticion de cualquiera de los legitimados en dicho parrafo, el juez de ejecucion penal remediará la omision mediante incidente de aclaracion especial de sentencia.

- b) Artículo 86 (Previsiones para cuando se imponga pena por uno o mas delitos cometidos despues de sentencia de condena por otro u otros delitos, o cuando se trate de delitos conexos)

Cuando a una persona se le condene por un delito cometido despues de que se le condenó en otro u otros procesos por uno o mas delitos, y respecto del cual no pueda estimarse como cometido en concurso real con los ultimos ni se trate de un delito continuado, segun lo previsto en los articulos 81, 83, 84 y 85 de este codigo, la pena de prision que se le imponga se computara de manera sucesiva a la que se le haya impuesto por el delito o delitos diversos, para lo cual el juez de ejecucion declarará la suma total unificada del tiempo de su computacion, el cual nunca podra exceder los limites de duracion de la pena de prision, fijados en el articulo 88 de este codigo.

Lo previsto en el parrafo anterior tambien se observará respecto de la pena de prision que se imponga por delitos cometidos en concurso real o complejo, despues de que a la persona sentenciada se le haya condenado ejecutoriadamente en otro o mas procesos, por uno o mas delitos.

524 Carbonell, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 211.

525 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, op. cit., nota 20, p. 1110.

526 Idem.

Más si por cualquier causa no se llega a declarar judicialmente la suma total del tiempo de compurgación de la pena de prisión unificada conforme a los dos párrafos precedentes, la pena de prisión impuesta con anterioridad se computará por separado y de manera simultánea a la nueva que se imponga.

También se computarán de manera simultánea las penas de prisión que se impongan por delitos conexos o derivados unos de otros, las que deberán contarse a partir de que se privó de la libertad al sentenciado por el primer hecho delictivo, o a partir de cuando se le inició proceso por cualquiera de dichos delitos, según sea el caso.

## APARTADO DUODÉCIMO

### INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN UN DELITO DOLOSO

#### SECCIÓN PRIMERA

##### A. PELIGROSIDAD, CULPABILIDAD DE AUTOR Y REINCIDENCIA

1. Una vez ubicado el marco legal punible para el delito o delitos de que se trate –y antes de atender a los baremos de la Iniciativa, que rigen la individualización judicial de la pena–, cabe hacer puntualizaciones respecto a la llamada culpabilidad de autor, así como en cuanto a la reincidencia, pues es sabido que, por influjo del positivismo, en 1931 se abrió paso en México la idea para que la duración de la pena de prisión se fijara según la peligrosidad del delincuente. Al amparo de esa tesis, en los códigos penales se normó al arbitrio judicial para individualizar la pena según las circunstancias del delito, peculiares del delincuente u otros datos que indicaran su peligrosidad. Empero, a partir de la última década del siglo XX y principios de éste, la peligrosidad dejó de ser pauta en el CPF, el CPDF y el CPC para fijar la pena.

##### I. Peligrosidad del delincuente como factor para individualizar la pena

1. La peligrosidad, entendida como propensión a delinquir, o como expresión de conductas precedentes a la que originó el enjuiciamiento penal, o sumada a ésta: conducía a motivos inconstitucionales para individualizar la pena. Ello es así, en primer lugar, porque cuantificar una pena por delitos que aún no se realizan y que se pronostican a priori (peligrosidad), por más razonable que pudiera parecer una motivación así viola la garantía de exacta aplicación de la pena al delito de que se trata, del artículo 14 C., que sólo faculta imponer las penas previstas por el delito cometido, pero sin que ese precepto tolere punir por delitos que los sentenciados podrían realizar en el futuro, de los cuales les es imposible defenderse.

2. Y si en ruta inversa, en la ley se aumenta la pena con base en un delito que ya fue objeto de condena, o el mismo se toma como motivo por el juez o tribunal para ponderar mayor peligrosidad y aumentar la pena, se viola el principio non bis in idem derivado del artículo 23 C., pues nadie debe ser punido dos veces por la misma razón, y atender a un delito por el que ya se punió al sentenciado para agravarle otra pena –legal o judicial–, apareja juzgarlo de nuevo y punirlo –aunque sea en parte– dos veces por el mismo motivo.<sup>527</sup> Además, como se dijo, con ese proceder igual se vulnera el artículo 14 C., pues al sentenciado ya no se le aplicará exactamente la pena por el delito de que se trata, sino porque cometió otro, concretado antes del delito por el que se le condena.

##### II. Culpabilidad de autor como factor para individualizar la pena

1. Del mismo modo hay que rechazar la postura que aduce que la medición de la pena se fundaría en una culpabilidad de acto y otra de autor.

Pues mientras una exégesis garantista del grado de culpabilidad en el hecho, regulado en los CPF, CPDF y CPC, sólo permite entenderlo como graduación del injusto culpable, como límite de la pena: la otra tendencia permite que por motivos de prevención se sobrepase la pena adecuada al grado de culpabilidad en el injusto, para agravarlo por una culpabilidad de autor, según sus condiciones personales, aunque aquél no se valiera de ellas para cometer el delito, ni en su caso expliquen por qué lo perpetró, desatendiendo así que medir la pena partiendo de datos de la personalidad, sin aquellas restricciones, aquella ya no se aplicará exactamente al delito de que se trata ni será proporcional al mismo –en desacato de los artículos 14 y 22 C.–, sino se impondrá por condiciones del sentenciado asumidas con independencia del delito, y en el libre desarrollo de su personalidad.

3. La postura aquí expuesta tiene apoyo en el criterio de la Primera Sala de la SCJN cuando dilucidó los alcances el artículo 65 del CPF –como cuestión de mera legalidad–, en relación con los artículos 51 y 52 del mismo código, pues aunque en la tesis de jurisprudencia 1ª. /J., 76/2001, sostuvo que según el proceso legislativo de 1994, en el CPF se habría acogido “...una combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto y el de culpabilidad de autor para complementarlo, es el caso que en esa misma tesis la SCJN reenvió “...el estudio de la personalidad del sentenciado, al ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar

---

527 Tal es el criterio sostenido por la tesis de rubro REINCIDENCIA, DOBLE SANCIÓN EN CASO DE INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, tesis IV.2o.P.C.2 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, diciembre de 1999, p. 769.

«por qué» adoptó una resolución antijurídica...»,<sup>528</sup> vinculando así el examen de la personalidad del sentenciado, a la inferencia y/o evaluación de sus «motivaciones» que hayan influido en su “ámbito de autodeterminación en el hecho”, para graduar su culpabilidad.

4. Empero, en dicha tesis –ahora modificada por la tesis 1ª. /J. 110/2011–, la SCJN en interpretación de legalidad (y no a la luz de la C.), añadió que como el legislador contempló a la reincidencia en el artículo 65 del CPF para fijar judicialmente la pena, cabía entender que aquél también atendió a fines preventivos, “...para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial del artículo 51 ha funcionado o no”. Conclusión que, si bien era inobjetable según la exégesis del artículo 65 del CPF en relación con el 51, lo cierto es que no evitaba la inconstitucionalidad del artículo 65, en la medida que éste se oponía a los artículos 14 y 23 C., pues al sentenciado solo puede imponérsele pena por el delito cometido, y ciertamente la reincidencia no es un delito, como tampoco aquél puede ser punido –aunque sea en parte– por otro por el que ya fue condenado.

5. La conclusión a que conducía la interpretación del artículo 65 del CPF, no fue superada por la tesis aislada de rubro siguiente: **CULPABILIDAD. AL DETERMINAR SU GRADO LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL NO PUEDE PRESCINDIR DEL ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SUJETO ACTIVO, NO PARA CASTIGAR EN FUNCIÓN DE SU PERSONALIDAD O PELIGROSIDAD, SINO PARA ESTABLECER LAS CONDICIONES O GRADO DE REPROCHE NORMATIVO.** Y en la cual, respecto a los antecedentes penales del sentenciado como motivo para graduarle su culpabilidad, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, expuso lo siguiente:

“...no se puede prescindir del análisis de los factores y circunstancias propias del sujeto activo, no para castigar su “personalidad” o “peligrosidad”, sino para establecer las condiciones o grado de reprochabilidad normativa en función a la mayor o menor condición de exigibilidad de otra conducta y del conocimiento de la potencial motivabilidad de ese sujeto al momento de cometer el hecho, es decir, las condiciones y peculiaridades personales del individuo que opta por transgredir la norma”.

Y añadió:

“...lo anterior es así, toda vez que desde el momento en que el derecho penal sanciona conductas humanas se hace evidente que la culpabilidad comprende las condiciones personales de aquel a quien se sanciona, pero no para castigar exclusivamente en función de la personalidad, sino para conocer de la mejor manera posible las condiciones que llevaron al sujeto a cometer el hecho delictivo y basar así, de manera congruente, el grado de reproche que a cada sujeto corresponda en lo particular, lo cual no implica sanción de hechos previos ni futuros, sino el hecho concreto que se atribuye, pero abarcando en su justa dimensión la motivación y condiciones de ejecución de ese propio hecho, a fin de ponderar el grado de reproche, no con fines meramente retributivos...sino aun para pretender los fines de prevención y protección de bienes jurídicos propios del derecho penal.”<sup>529</sup>

Sin embargo, aunque cabe coincidir con la tesis, en el sentido de que el grado de culpabilidad puede involucrar atender a la personalidad del sentenciado, en tanto sus peculiares auxiliaban a inferir y/o valorar “...sus motivaciones y condiciones de ejecución del hecho...”. De todos modos, no queda nada claro cómo sería posible graduar la culpabilidad del sentenciado “en el hecho que se le atribuye” según sus antecedentes penales, cuando éstos precisamente no se toman en cuenta –en la citada tesis– para los efectos citados, sino “...para pretender fines de prevención y protección de bienes jurídicos...”, como en la misma tesis se declara.

6. En el fondo, al aludir a fines preventivos para fijar la pena al sentenciado, según sus antecedentes penales, la tesis adoptó la “teoría del margen de libertad”, invocada por parte de la doctrina alemana para interpretar el artículo 46 del código penal de ese país, en tanto dispone que “la culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena”, lo cual permitiría asumir que para cuantificar la pena también podrían jugar algún papel fines preventivos. Empero, en los CPF, CPDF y el Proyecto, la culpabilidad no es mero fundamento para determinar la pena, en tanto ésta se cuantifica mediante la “graduación del injusto culpable”, en la medida que esos códigos mandan que la pena se individualice “con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”, pautas rectoras que ciertamente son incompatibles con criterios preventivos.

Y es que cuando se atiende a los antecedentes penales del sentenciado como motivo para agravarle su grado de culpabilidad “...para fines preventivos y de protección de bienes jurídicos...”, en realidad no se considera ni valora la “motivación de aquél en el hecho”, como tampoco “...sus condiciones de ejecución en ese hecho...”, y aun así la agravación del grado de culpabilidad del sentenciado en virtud de sus antecedentes penales, trascenderá –por congruencia– en aumentarle la pena, con violación de los artículos 14, 22 y 23 C., en cuanto disponen que al sentenciado se le debe imponer una pena proporcionada al delito y al bien jurídico afectado, que sea exactamente aplicable al delito de que se trata, según la prevista en la ley para el mismo, y ciertamente la

528 Véase “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994”, tesis de jurisprudencia 1a./J. 76/2001, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 79.

529 Tesis II.2o.P.198 P, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIV, agosto de 2006, p. 2165.

reincidencia no es un delito que concurriría con el cometido, sin que el individuo deba ser punido –aunque sea en parte– por otro por el que ya fue juzgado.

7. En ese contexto, la aludida tesis de jurisprudencia 1ª. /J. 76/2001 –inicialmente citada– fue modificada por la propia Primera Sala de la SCJN, mediante la nueva tesis de jurisprudencia 1ª. /J. 110/2011, cuyo tenor –en lo conducente– ahora es el siguiente:

“CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO. A través de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, al artículo 52 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para efectos de la individualización de la pena, se abandonó el criterio de peligrosidad adoptándose el de determinación del grado de culpabilidad, acorde con el cual la pena debe imponerse por lo que el delincuente ha hecho y no por lo que es o por lo que se crea que va a hacer, pues se trata de un derecho penal de hecho y no de autor.”

“Ahora bien, [de acuerdo con el artículo 51]...son circunstancias peculiares del procesado, su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas (fracción V); y si bien es cierto que los motivos que lo impulsaron a delinquir (fracción V), su comportamiento posterior al hecho ilícito (fracción VI) y las demás condiciones en que se encontraba en el momento de cometer el delito (fracción VII), pueden ser circunstancias peculiares reveladoras de su personalidad –que pudieran conducir a establecer que la individualización de las penas y medidas de seguridad atiende a un derecho penal de autor–, también lo es, que tal revelación de la personalidad únicamente puede considerarse en relación con el hecho cometido, ya que la individualización de las penas y medidas de seguridad, con base en el grado de culpabilidad, implica la relación del autor del hecho ilícito con éste, lo cual conduce a establecer dicho grado de culpabilidad con base en aspectos objetivos que concurren al hecho delictuoso, sin que deban considerarse circunstancias ajenas a ello.”

“Por tanto, los antecedentes penales no pueden incluirse entre los factores que los juzgadores deben atender para determinar el grado de culpabilidad, pues no tienen la naturaleza de circunstancias peculiares del delincuente, ya que no corresponden a una característica propia de él, además de que entre esos factores no se hace alusión a conductas anteriores al hecho delictivo, sino a peculiares del delincuente.”<sup>530</sup>

7. En tal sentido, ahora hay que darle toda la razón a la tesis 1ª. /J. 110/2011 de la SCJN, mediante la que modificó su anterior tesis 1ª. /J. 76/2001, no solo en cuanto “...no pueden incluirse los antecedentes penales entre los factores...para determinar el grado de culpabilidad”, sino también en tanto la tesis puntualiza que:

“...la personalidad únicamente puede considerarse en relación con el hecho cometido, ya que la individualización de las penas y medidas de seguridad, con base en el grado de culpabilidad, implica la relación del autor del hecho ilícito con éste, lo cual conduce a establecer dicho grado de culpabilidad con base en aspectos objetivos que concurren al hecho delictuoso, sin que deban considerarse circunstancias ajenas a ello...”<sup>531</sup>

Ya que así se atiende a las peculiares del sentenciado solo “con base en circunstancias que concurren al hecho delictuoso”, para evaluar, en su caso, las motivaciones de aquél o el abuso de sus condiciones personales al concretar el injusto, ciñendo así el juicio al hecho delictivo que se juzga y, por tanto, ajustando la evaluación a los límites del artículo 14 C. Ya que atender a las peculiares del sentenciado para determinar su grado de culpabilidad, con abstracción de las circunstancias que concurren al hecho delictuoso, por un lado, lleva a una ponderación que no versa sobre el hecho delictuoso, a pesar de que sólo por el mismo debe imponerse la pena (artículo 14 C.), y por el otro, tal postura no respetará la dignidad del sentenciado en el desarrollo de su personalidad, como luego se verá, (artículo 1º C.).

Todo lo cual lleva a examinar los artículos 91 a 97 de la Iniciativa, a los que debe atender el juez para individualizar la pena de prisión en delitos dolosos y culposos, y por supuesto, ver primero en qué medida los fines de la pena son aplicables a las reglas legales para individualizar la pena, según un entendimiento garantista de las mismas.

## SECCIÓN SEGUNDA

530 Tesis de Jurisprudencia 1ª. /J. 110/2011 (9ª), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, t. 1, febrero de 2012, p. 643.

531 El criterio transcrito, sostenido en la tesis de jurisprudencia 1ª. /J. 110/2011, se había reiterado por la Primera Sala en las ejecutorias y tesis de jurisprudencia siguientes: CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL), tesis de jurisprudencia 1a. /J. 166/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 111, e INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INCULPADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL), tesis de jurisprudencia 1a./J., 175/2007, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, marzo de 2008, p. 100.

1. La determinación de la pena “en sentido estricto” y “en sentido amplio” son decisiones que han de orientarse por ciertos principios y derechos, que guíen la exégesis de las reglas legales para que el jugador imponga pena y, en su caso, la suspenda o sustituya. En la cuantificación de la pena descuello la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad en ese injusto, en tanto esos dos aspectos deben graduarse por el juzgador, para imponer la pena de manera proporcional con aquella graduación dentro del marco punible señalado por la ley al delito de que se trate.

2. Sin embargo, no es pacífico hasta qué punto el grado de culpabilidad en el hecho determina la pena. Así, en Alemania la doctrina suele plantear el problema confrontando tres criterios: la prevención general y la prevención especial –negativa o positiva– y el grado de culpabilidad “en sentido amplio” –el cual involucra a la gravedad concreta del injusto y al grado concreto de culpabilidad.<sup>532</sup>

### 1. LA TEORÍA DE LA PENA EXACTA

Las antinomias que respecto a los fines de la pena presentan entre sí la prevención general, la prevención especial y el grado de culpabilidad –que Zipf llamó elocuentemente el “triángulo mágico”–,<sup>533</sup> han sido destacadas con gran claridad por Mercedes García Arán,<sup>534</sup> y lógicamente se resuelven de manera diferente según la postura doctrinal que se asuma. La “teoría de la pena exacta” entiende que el juez ha de hallar la pena que resulte puntualmente ajustada al grado de culpabilidad. De tal manera que, para la teoría de la pena exacta, las consideraciones preventivas de cualquier tipo son inatendibles para cuantificar la pena, la cual siempre ha de corresponderse con lo merecido por el delincuente.

### 2. LA TEORÍA DEL MARGEN DE LIBERTAD

1. En el lado opuesto al de la teoría de la pena exacta, se halla la “teoría del margen de libertad”, en virtud de la cual, en la determinación de la pena no solo entra en juego el grado de culpabilidad en el hecho, sino también –y prevalentemente– consideraciones preventivas. Roxin defiende la teoría del margen de libertad como la correcta, y estima que ella se deduce como la aplicable según el artículo 46 del Código Penal Alemán, en tanto que:

“...si conforme a ese precepto, “la culpabilidad del reo” debe ser “fundamento” de la determinación de la pena, ello quiere decir, en opinión del legislador, que también deben desempeñar un papel otros puntos de vista que sólo pueden ser de naturaleza preventiva. De lo contrario, el legislador habría declarado que la culpabilidad era el único punto de referencia de la pena, y habría dicho, por ejemplo: “La pena se determinará con arreglo a la culpabilidad del reo”.<sup>535</sup>

En tal línea de pensamiento, y consecuente con su idea de concebir a la culpabilidad como mera idea metafísica que no podría probarse, la cual sólo tendría valor como principio regulador de invención necesaria, Roxin abunda:

“...la pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido de la misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social. La pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como una condena adecuada (justa), ayudando así a la estabilización de la conciencia jurídica general”. “...los partidarios de la teoría del margen de libertad, que es para mí la correcta, sólo pueden entender la expresión de que la culpabilidad es fundamento de la determinación de la pena, de tal forma que el marco para la determinación concreta de la pena se forme por la culpabilidad y que, dentro de este “margen de libertad”, sean las consideraciones preventivas quienes decidan sobre la magnitud de la pena.” [Además] “...el § 46, párr. 1º, Secc. 2ª del StGB, permite excepcionalmente imponer una pena inferior o superior a la correspondiente al grado de culpabilidad, hasta el límite de lo indispensable para la “defensa del ordenamiento jurídico”, cuando la imposición de una pena correspondiente a la culpabilidad pueda tener un efecto claramente contrario a la socialización, o en sentido inverso, coadyuve a la estabilización de la conciencia general”.<sup>536</sup>

2. Al respecto no es ocioso apuntar a vuelapluma, como comentario a la postura de Roxin, que defiende la teoría del margen de libertad porque el Código Penal Alemán establece que “la culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena”, lo cual le permite sostener que para individualizar la pena también deberían desempeñar un papel, puntos de vista preventivos, pues de lo contrario, el legislador habría declarado, por ejemplo, que “la pena se determinará con arreglo a la culpabilidad del reo”.<sup>537</sup> Es el caso, que una disposición muy semejante a esta última fórmula es precisamente la que rige en los CPF, CPDF y CPC, en tanto en

532 Al respecto véase a Mir Puig, Santiago, op. cit., nota 4, p. 303 y ss.

533 Zipf, Heinz, *Principios fundamentales de la determinación de la pena*, Madrid, CPC, N° 17, 1982, p. 353.

534 La autora puntualiza, en esencia, que, en un mismo caso, la prevención general, la prevención especial y el grado de culpabilidad pueden indicar penas francamente opuestas en su magnitud e incluso en su naturaleza. Véase, García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, Ediciones U. de Barcelona, 1982, p. 28 y ss.

535 Roxin, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal, Prevención y determinación de la pena*, Buenos Aires, José Luis de Palma-Editor, Hammurabi, 2008, pp. 169 y ss.

536 Idem.

537 Roxin, Claus, op. cit., nota 21, p. 169.

estos se preceptúa que “la individualización –judicial– de la pena se hará con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”, pautas rectoras que difícilmente admiten criterios preventivos.

3. Es cierto –como observa Roxin– que la pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general pues consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como justa, ayudando así a la “estabilización de la conciencia jurídica general”. Pero no lo es, que por ello en México el marco legal punible se formaría “...por la culpabilidad, y que, dentro de un margen de libertad, aquél marco permitiría que la pena se module en su magnitud por consideraciones preventivas...”,<sup>538</sup> incluso para aumentar la pena a efecto de “estabilizar la conciencia jurídica general”, y porque con este último proceder se violaría el párrafo último del artículo 1º C., al no respetar la dignidad del sentenciado al instrumentarlo en función de los intereses de los demás.

4. Y es que en México ese marco punible se forma la inversa, ya que el artículo 22 C., dispone que “...toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”, mandato del que se infiere que “el fin legítimo de las conminaciones penales es disuadir afectaciones a bienes jurídicos”, y que para cumplir ese fin es preciso fijar la entidad del marco legal punible, de manera proporcional al delito y al grado de afectación al bien jurídico. Y si a ello se aúna, que, conforme a los artículos 17 y 18 C., es posible que las penas leves que se impongan se reduzcan, suspendan o sustituyan, para favorecer la reparación del daño a la víctima u ofendido, y en aras de la reinserción del sentenciado a la sociedad.

Por lo tanto, si el marco legal punible ya refleja lo que democrática y racionalmente el legislador consideró como el espacio temporal “proporcionalmente adecuado y necesario dentro del cual puede imponerse la pena para disuadir nuevos delitos, si es que en su cuantificación el juzgador se sujeta a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad en el hecho (delito concreto), motivando racionalmente y conforme a la C., los factores legales que sean relevantes para aquella individualización, el juzgador habrá cumplido su tarea con un método garantista, por estar precisamente ajustado a la C.

5. Pero no al contrario, porque si conforme al Código Penal Alemán, “la culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena”, lo cual permite a Roxin sostener que para individualizar la pena también deberían desempeñar un papel, puntos de vista preventivos, en realidad este proceder no se enfrenta a otro cerco que el de la pena “sentida” por el juez como justa para la estabilización social de la conciencia jurídica general, y porque el grado de culpabilidad ya no constituiría ningún un límite de la pena, a pesar de que en México el grado de culpabilidad es un cerco a la magnitud de pena que no puede ser rebasado hacia arriba por consideraciones de justicia ni preventivas.

## SECCIÓN TERCERA

### ALGUNAS POSTURAS PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA EN MÉXICO

#### A. LA PROPUESTA DEL PROYECTO

1. Ahora bien, si en las tesis de jurisprudencia 1a. /J., 102/2008,<sup>539</sup> y 1a. /J., 110/2011 (9a.),<sup>540</sup> la SCJN observó que con fundamento en los artículos 14 y 22 C., el juzgador ha de medir la pena al sentenciado según: 1) La gravedad del injusto que realizó. Y, 2) El grado de culpabilidad en el injusto realizado.

2. Y para cuantificar la pena según aquellos principios rectores, el juzgador deberá atender a la mayor o menor gravedad de los factores racionalmente relevantes que concurran al hecho, previstos en la ley para determinar la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad del sentenciado, y fijar juntamente con esos dos extremos un grado de punibilidad, con base en el que determine una pena concreta, de manera proporcional al marco punible establecido para el delito de que se trata.

3. Y enseguida, es posible que según fines de restauración y de prevención especial positiva, la pena sea reducida, suspendida condicionalmente y/o sustituida por otra menos severa, donde para esos efectos, por su rango constitucional tendrán especial peso, la reinserción del sentenciado a la sociedad y la reparación del daño a la víctima; todo ello –en principio– permite sostener que las teorías del valor de empleo y la de gradualidad prevalezcan en el Proyecto, en congruencia con el principio de proporcionalidad penal que se deriva del artículo 22 C.

#### B. ALGUNAS POSTURAS EN MEXICO RESPECTO A LAS CONDICIONES PERSONALES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

##### I. Premisa

<sup>538</sup> Idem.

<sup>539</sup> “LEYES PENALES Y LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD”, tesis de jurisprud. P./J. 102/2008, Novena Época, p. 599.

<sup>540</sup> “CULPABILIDAD. NO DEBEN ATENDERSE LOS ANTECEDENTES PENALES”, tesis de jurisprud. 1a. /J. 110/2011 (9a.), Primera Sala, Décima Época, p. 643.

Empero, ante la solución que plantean las teorías del valor de empleo y la de gradualidad, en México también saltan a la vista los artículos 51, 52-V-VI, 60-III, 65 del CPF; y 71 BIS, 71 TER, 72-V-VII, párrafo último, y 77-III del CPDF, ya que esos preceptos, para cuantificar la pena, aluden a las condiciones personales del sentenciado (su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas, sus costumbres, antecedentes, y su comportamiento posterior al hecho), las que no parecen guardar relación con la graduación de la culpabilidad en el injusto ni con la concreta gravedad de éste, y, por tanto, podrían ser una autorización legal para que con independencia de la gravedad del injusto y del grado de culpabilidad, el juzgador atienda a dichas condiciones personales de los sentenciados, a efecto de cuantificarles la pena.

## II. La teoría del doble marco: culpabilidad de acto y culpabilidad de autor”

1. De ese modo, en México Sandoval Delgado y Gómez Pérez, en su monografía sobre la individualización de la pena, parecen decantarse por la llamada “teoría del doble marco: de culpabilidad de acto y culpabilidad de autor”, pues, aunque no señalan las disposiciones legales antedichas, apuntan:

“Lo importante es establecer aún de forma aproximativa, el máximo de pena en función de la gravedad del ilícito y delimitar de forma clara a partir de qué magnitud ya entrarían en consideración elementos vinculados a la personalidad del autor. Por ejemplo, en el caso de una exagerada agravación de la pena para el reincidente puede ser fácilmente valorado por el tribunal que la pena impuesta no guarde proporción con la gravedad del ilícito cometido de modo que en su magnitud habrán incidido razones vinculadas a su personalidad.”<sup>541</sup>

2. Los citados autores también precisan que los criterios a tener en cuenta para medir la gravedad de la culpabilidad en el hecho, en consonancia con la SCJN, son: “1) La gravedad de la ilicitud cometida; 2) Las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma, y 3) El mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor”.<sup>542</sup> Y aun cuando en estas tres razones no parecen tener cabida razones de la “personalidad del autor”, de todas maneras –según el pensamiento antes transcrito de Sandoval y Gómez–, aquéllos no excluirían una agravación de la pena por la personalidad, o por la reincidencia (prevención especial negativa), aunque si el aumento resultara excesivo, podría ser fácilmente valorado por el juez como desproporcional a la gravedad del hecho.

## III. La teoría de la justa retribución y la prevención especial positiva

1. Por su parte, también en México, Orellana Wiarco adopta a la “teoría de la retribución”, y aunque no se pronuncia a favor de la teoría del margen de libertad, su pensamiento sí parece involucrarla en su versión que sería más benéfica, de la manera siguiente:

“...la pena debe ser la retribución justa del injusto de la culpabilidad, y en ese sentido la pena no debe rebasar la medida del juicio de culpabilidad. Al lado de la retribución justa del injusto, se encuentra el fin de prevención especial de la pena, el cual no debe perder de vista que la pena debe considerar la magnitud que permita lograr la readaptación social del delincuente, sin lesionarlo más allá de lo estrictamente necesario para que logre llevar una nueva vida ordenada y conforme al orden jurídico”.<sup>543</sup>

De esa manera, según el esquema de Orellana Wiarco, para la cuantificación judicial de la pena, jugarían un papel relevante la retribución por la culpabilidad en el injusto (pero no la proporcionalidad penal según el grado concreto de la culpabilidad y del injusto), y a su lado, la prevención especial positiva, enfocada a la reinserción social del delincuente.

## IV. El esquema de las posibilidades y consideraciones abstractas del grado de culpabilidad y de gravedad del injusto

1. Por último, en un proceder muy difundido en la práctica forense ministerial y judicial, se considera que las condiciones personales del sentenciado mencionadas en la ley para individualizar la pena (ya sea en el CPF, en el CPDF o en el Código Nacional de Procedimientos Penales), ya podrían implicar por sí mismas, o relacionadas con ciertas consideraciones abstractas, hipotéticas o no demostradas, una mayor culpabilidad de la persona sentenciada.

2. Esas condiciones personales se valoran de manera muy variada, pero constituyen sofismas derivados de hipótesis no demostradas o de posibilidades abstractas, o por la conjeturada concurrencia de circunstancias muchas veces irrelevantes para indicar que en el caso al sentenciado le era más o menos exigible autodeterminarse conforme a la norma.

3. Por ejemplo, el sentenciado sería más culpable a partir de cierta edad, digamos desde los 20, 21 o 22 años de edad, ya que esta ya le daría suficientes experiencias y madurez para ajustarse a las reglas sociales; o porque si había completado su educación secundaria, luego, su aprendizaje de valores volvería más reprochable su conducta; o porque el residir en un centro urbano, le

541 Sandoval Delgado, Emiliano y Gómez Pérez, María Ángela, *Individualización judicial de la pena*, México, D.F., Ángel Editor, 2002, p. 95.

542 Idem.

543 Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *La individualización de la pena de prisión*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 2003, pp. 293 y 294.

permitiría más interacción social para inhibirse del injusto; o porque su residencia en una ciudad le facilitaba informarse por radio, televisión o periódicos sobre los delitos que se cometían y sus consecuencias punibles. Porque si trabajaba ocasionalmente, percibía entre ochocientos a mil pesos a la semana, y tenía dos o tres dependientes económicos, ya no tendría necesidad de cometer el robo por el que se le condenó.

O porque si era albañil, estaba acostumbrado a cumplir órdenes y, por tanto, tendría más facilidad de obedecer las prohibidas; o porque si tenía pareja sentimental, entonces carecería de la necesidad de abusar sexualmente mediante engaño a una jovencita de quince años; o porque si tenía hijos, en consecuencia, ello debería inhibirlo de reñir y lesionar a su contrincante que provocó el altercado, dejándolos desamparados al ser encarcelado; porque si logró abrir la puerta cerrada de una casa, la complejidad de abrirla debería haberlo inhibido; porque si robó de noche, sería más fácil que fuera identificado en la relativa soledad de las calles; o porque si robó de día en una casa o en la bolsa de una dama, la concurrencia de más personas facilitaría que fuera visto; etc.

## SECCIÓN CUARTA

### VALORACIÓN DE LOS FACTORES LEGALES PARA

#### INDIVIDUALIZAR LA PENA

##### A. PREMISAS

1. Sin embargo, en todas las teorías y posturas apuntadas subyace un pregunta, ¿ajustan o no todos sus alcances y el entendimiento de la ley penal en la que pretenden apoyarse –o los ciñen solo en parte–, a los fines y límites que se derivan de los principios, derechos y garantías que son conducentes para operar la individualización judicial de la pena conforme a un Derecho correcto?, que no es otro, sino el que respete derechos fundamentales, que permita cohonestar las pautas legales que rigen la fijación de la pena de acuerdo con aquéllos.

2. Incluso, las teorías del valor de empleo y la de gradualidad se apegan a los principios de culpabilidad específica en el injusto y de gravedad concreta de éste, y en esa medida son correctas, pero después de aquellos principios, lo que importa es justificar ¿cómo deben ponderarse los indicadores legales para graduar la culpabilidad, en especial “las condiciones personales” del sentenciado, para que la valoración de ellas respete sus derechos fundamentales?, y si eso no fuese posible, inaplicar o desaplicar esas porciones normativas con fundamento en los artículos 1º, párrafos segundo y tercero, y 133 Constitucionales.

##### B. JUSTIFICACIÓN DEL FIN DE LOS MARCOS PUNIBLES PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA

1. Lo primero que cabe reiterar, es un punto ya destacado en esta Exposición de Motivos, para justificar el fin de los marcos punibles a efecto de individualizar las penas de prisión.

El sistema de marcos punibles, que consiste en fijar en cada tipo penal un mínimo y máximo de pena para cada delito, es una derivación directa del principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional, pues, si de él se desprende que toda conminación penal debe ser idónea, necesaria y proporcional para “*disuadir la afectación a bienes jurídicos*”, según su importancia y la gravedad del delito y de la afectación, frente al peso de las posiciones de derechos fundamentales que se afligen con la norma de prohibición y la norma de pena (conminación penal o tipo penal).

2. Luego, ya cabe entender que los marcos punibles de cada tipo penal, reflejan los efectos preventivo-generales que el legislador estimó necesarios para disuadir conductas que afecten los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes tipos penales; por lo que cualquier pena que respecto a un delito imponga el juzgador, dentro de los marcos punibles de ese delito y conforme a las pautas legales para individualizarla, ya tendrá la suficiente capacidad –legislativamente estimada– de satisfacer fines de prevención general ante terceros, es decir, para que se abstengan de afectar al bien jurídico protegido en el tipo penal, respetándose bajo esa óptica el fin legítimo de las normas sobre la individualización de las penas, según se infiere del principio de proporcionalidad del artículo 22 Constitucional.

3. En el contexto señalado, también una cosa es la función disuasiva ante terceros que pueda tener la pena impuesta por un delito, dentro de un marco punible preestablecido, cuyo fin legislativo es la prevención general, y otra diferente será que el juez o tribunal debiera tomar en cuenta el efecto inhibitorio de la pena ante terceros para individualizarla. Ya que no será legítimo que el juzgador cuantifique la pena para que otros se guarden de cometer delitos como el que pune, porque en tal caso pasará de lado que el marco legal punible ya lo estableció el legislador como el necesario para inhibir conductas como la descrita en el tipo penal, en relación con todas las personas, pero no solo frente a la persona sentenciada en lo particular.

Por lo que, de seguir la última ruta, el juzgador no respetará la dignidad de la persona sentenciada, protegida en último párrafo del artículo 1º Constitucional, al instrumentarla penalmente para desalentar a los demás. Lo que no ocurre con las amenazas abstractas



que involucran los marcos punibles de los tipos, en tanto éstos y aquéllas se dirigen a todas las personas y no a una en lo individual.<sup>544</sup>

### C. RELEVANCIA DE LOS FACTORES PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA E INTERPRETACIÓN CONFORME A LA C. DE ESOS INDICADORES LEGALES.

Cuando se trate de individualizar la pena en sentido estricto, al atender a los factores legales que la ley señala para tal efecto, el juez o tribunal solo deben tomar en cuenta los que sean relevantes para determinar en el caso concreto la mayor o menor gravedad del injusto concreto o el grado culpable específico del sentenciado en su realización. Y en todo caso, esos factores relevantes deben interpretarse conforme a la C., cuando así sea necesario, de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1° Constitucional, para que precisamente el resultado de la graduación del injusto culpable también sea el constitucionalmente correcto. Para ello, es importante tomar en cuenta los criterios siguientes.

#### I. Prohibición de recalificar el delito, al individualizar la pena

1. Del artículo 23 C. se deriva el principio non bis in idem, en virtud del cual surge la prohibición de recalificar perjudicialmente para el sentenciado, cualquier presupuesto o elemento del delito (o una parte de los mismos), cuando se cuantifique la pena de prisión.

2. Y eso es lo que sucede cuando para incrementar el grado de culpabilidad de un sentenciado, se razona que sus experiencias, valores e información que adquirió por su edad, educación y el lugar en que residía, permiten inferir que conocía la punibilidad de la conducta que realizó, porque lo que en realidad se motiva es la conciencia del sentenciado acerca de la ilicitud penal –como parte de su culpabilidad– del injusto que perpetró, que lo hace responsable de sufrir pena dentro del marco de punibilidad legal por el delito cometido, según se desprende de los artículos 12, 48-I y 52 del Código Penal vigente y se reitera en el Proyecto que se propone.

3. Luego, la culpabilidad del sentenciado, como elemento del delito que cometió, no puede motivarse de nuevo para graduar su culpabilidad como más grave y aplicarle la consecuente pena de prisión, ya que de hacerlo se viola en su perjuicio el artículo 23 C., del que deriva la “prohibición de doble desvaloración o agravación”, como también se le denomina, respectivamente, por la doctrina<sup>545</sup> y un sector de la judicatura federal a la “recalificación del delito”.<sup>546</sup> Y es que para individualizar la pena, la culpabilidad no puede fundar por sí misma su gravedad, sin caer en la ilegitimidad de la repetición de un juicio que trasciende en menoscabo de las libertades del sentenciado.

4. Además, con aquel proceder se deja de lado que una cosa es establecer que el individuo sabía de la punibilidad del injusto (primer componente de la culpabilidad) cuando lo realizó, y que, por ello, le era exigible ajustarse a la norma (segundo componente de la culpabilidad, como elemento del delito –artículos 12 y 48 del Código Penal aún vigente–).

Y otra muy distinta es evaluar la gravedad concreta del injusto culpable, según las circunstancias que concurrieron al mismo, y en ese contexto atender, en su caso, a aquellas relevantes que racionalmente volvían más o menos exigible al sentenciado ajustarse a la prohibición penal, sin que para ello deba motivarse de nuevo la conciencia de la punibilidad de su obrar, ya que esta recalificación de su culpabilidad transgrede en su perjuicio, el artículo 23 C.

#### II. La plena conciencia del injusto tampoco permite apoyar sensatamente un mayor grado de culpabilidad, sino solo a la culpabilidad misma.

1. Si en el caso, el juzgador le aplicó pena al sentenciado dentro del marco normal de punibilidad legal –y no dentro del marco legal de punibilidad atenuada, porque hubiese obrado con ignorancia o error vencible de la prohibición penal del injusto que realizó–, es porque respecto a su culpabilidad precisamente concluyó que aquél sabía de la punibilidad del injusto al cometerlo –y no solo que estuvo en condiciones que le permitían imaginársela sin mayor esfuerzo–.

---

544 En España se pronuncia en un sentido muy similar al apuntado, Martín Besio Hernández en, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, Universidad de Barcelona, Tirant Le Blanch, 2011, p. 222 y ss.

545 Zaffaroni la denomina “prohibición de doble desvaloración” y en ese sentido también menciona a Bockelmann y Maurach. Véase, Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2001, pp. 1061.

546 Ver “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS.” Tesis de jurisprudencia II.2o.P.A.J/2, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 429, y “PENA. DOBLE AGRAVACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)”, Tesis VIII.1.29 P, Cuarto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, octubre de 1999, p. 1320.

Luego, es irracional que el mismo juzgador considere que al cometer el delito, el sentenciado tendría más posibilidades de conocer, precisamente lo que ya sabía, a efecto de graduar así su culpabilidad como más grave en el hecho delictuoso de que se trate, y aumentarle la pena con base en ese absurdo.

2. La prohibición de que se recalifiquen elementos constitutivos de delito para individualizar la pena, no es novedosa. El artículo 107 del abrogado Código Penal de Coahuila de 1982 ya establecía aquel impedimento respecto a los elementos del tipo penal –con inclusión de sus modalidades agravantes– y, asimismo, los tribunales federales han sostenido la prohibición de recalificar dichos elementos cuando se individualiza la pena, como se muestra en la tesis de jurisprudencia siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS. De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma “non bis in ídem” reconocido por el artículo 23 constitucional”.<sup>547</sup>

3. Ahora bien, aunque la judicatura federal se ha pronunciado sobre la proscripción de recalificar los elementos del tipo penal, sin que se haya ocupado de los demás elementos del delito, como lo es la culpabilidad, nada impide, sino que del mismo principio non bis in ídem que deriva del artículo 23 C. también se desprende, que la prohibición de doble desvaloración para cuantificar la pena se extiende a la culpabilidad o a cualquier componente de la misma, por ser elementos que el legislador y el juzgador ya tomaron en cuenta para fijar el marco legal punible aplicable al delito de que se trata.

Más aún, cuando el artículo 27 de la Iniciativa considera a la culpabilidad como elemento del delito, al definirlo como “conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales”. Mientras que el artículo 60 del misma Iniciativa establece el conocimiento efectivo o exigible de la ilicitud penal de la conducta, como componentes alternos, pero permanentes de la culpabilidad: la cual –ya sea ella, o cualquiera de sus partes– no deben luego recalificarse para individualizar la pena, en acato al principio non bis in ídem del artículo 23 C., y que en el caso resulta violado con el proceder contrario.

### III. Del respeto a la dignidad del sentenciado respecto al desarrollo de su personalidad, para individualizar la pena (artículo 1° C.)

1. Para individualizar la pena dentro del marco legal punible aplicable al delito de que se trata, el juez debe imponerla y cuantificarla de manera proporcional a la gravedad del hecho delictuoso (injusto culpable), conforme se establece en los artículos 14 y 22 Constitucionales, donde las peculiares del sentenciado podrán ser relevantes, por ejemplo, para sopesar los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, y también cuando se haya aprovechado de sus condiciones para ello, en tanto que en ambos eventos la valoración se mantendrá dentro del hecho delictuoso por el que se impone pena al sentenciado.

2. Mas cuando no sea el caso atender a las condiciones del sentenciado para valorar su proceder en el delito, según los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, o el mismo no haya reflejado sus peculiares en las circunstancias del hecho delictuoso, al individualizar la pena el juzgador debe respetar la dignidad de aquél –en acato al artículo 1 C. – respecto a sus condiciones que adquirió o resolvió en el libre desarrollo de su personalidad.

Por ello, si el juzgador aumenta la pena al sentenciado con base en sus condiciones, como son su educación, edad y donde residía, debido a que en virtud de ellas tendría valores, más experiencias y roce social, a pesar de que dichas peculiares y sus inferencias se adquirieron por el sentenciado mucho antes de su conducta delictuosa, sin que las reflejara en las circunstancias que concurrieron al injusto, o que permitan graduar su culpabilidad en el mismo, el juzgador transgredirá el último párrafo del artículo 1° C., al desatender que las condiciones del sentenciado provienen del libre desarrollo de su personalidad –como expresión de su dignidad humana– protegida en el citado precepto.

3. En efecto, conforme al artículo 8° párrafo tercero, de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, “el respeto a la dignidad del ser humano en el libre desarrollo de su personalidad es una de las bases constitucionales para el ejercicio legítimo del poder estatal”, indemnidad que igual se desprende del último párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

547 Tesis de jurisprudencia II.2o.P.A.J/2, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 429.

Luego, aquellas previsiones constitucionales de respeto a la dignidad humana constituyen una cláusula de seguridad ante el Estado que tiene cualquier persona, en virtud de la cual se deriva la obligación de todo juez cuando individualice la pena, de evitar inmiscuirse, para agravar la pena al sentenciado, en sus peculiares que haya adquirido o resuelto en el libre desarrollo de su personalidad, mientras las mismas no las haya reflejado en las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso que realizó.

4. Por ello, ya desde Kant se reiteró que cuando se imponga pena, se tenga presente que las peculiares de un sentenciado derivan del desarrollo de su personalidad como expresión de su dignidad, justamente como ser humano autónomo en sus decisiones que conforman su vida, razón por la cual no debe ser manejado como mero objeto de punición motivada por sus propias condiciones que adquirió o decidió mucho antes del delito, sin que las reflejara en las circunstancias que concurrieron al mismo, por ser lesivo a su dignidad, que demanda tratarlo como sujeto autónomo (portador de derechos) en el libre desarrollo de su personalidad, y no como un simple objeto de pena, equiparado al derecho de cosas.<sup>548</sup>

Lo que no sucede, si de sus condiciones personales vinculadas a las circunstancias del hecho, se valora por qué delinquirió, o se haya aprovechado de sus peculiares para ello, en tanto que, al apreciar tal abuso y los motivos de su proceder, se respeta su dignidad, al ser expresiones de su voluntad de delinquir, tratándolo así conforme a su decisión en tal sentido.

5. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la tesis siguiente:

“DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad ...de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, ...en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente”.<sup>549</sup>

6. En el sentido de la tesis transcrita y de la postura que aquí se sostiene, Nino<sup>550</sup>, Maihofer<sup>551</sup>, Bäumlín, Cerezo Mir<sup>552</sup>, Cobo Del Rosal y Vives Antón<sup>553</sup>, enfatizan que “el principio de dignidad del individuo, dispone que deba ser tratado conforme a sus decisiones o manifestaciones de consentimiento”, como sucede cuando se le sanciona por el delito que decidió cometer, pero no así punirlo por sus condiciones personales e inferencias que se hagan de las mismas que sean ajenas a las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso y que no decidió en función del mismo, en tanto debe ser respetada su dignidad en el libre desarrollo de su personalidad.

7. Del mismo modo, respecto a la culpabilidad para fijar pena, Cousiño Mac Iver se suma a Schöne, vinculándola a la libertad de autodeterminación y dignidad humanas, al señalar:

“La pena considerada como el reproche más grave por parte del Estado y como reacción de contenido socioético, sería incoherente con la imagen de una persona en la cual no figure su culpabilidad, es decir, su margen de autodeterminarse libremente según sus motivaciones..., pues de no ser tratado de esa manera, el individuo no sería más un sujeto digno – dentro de un Estado de Derecho–, sino un mero objeto del poder estatal”.<sup>554</sup>

8. En el Derecho comparado, Künsemüller cita el pasaje de una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán: “En el moderno derecho penal es evidente que la pena presupone culpabilidad y que debe haberse probado el hecho y la culpabilidad del autor..., pero si para fijar pena, el ámbito de la personalidad del individuo no es siquiera tocado, queda excluido un atentado contra su dignidad humana”.<sup>555</sup> En su turno, Bacigalupo observa que desde 1991 el Tribunal Constitucional Español estableció: “No es

548 La referencia al autor y un razonamiento similar al apuntado, se contienen en el apartado IV-H-3.3 de la Exposición de Motivos del Código Penal de Coahuila, publicada en el Periódico Oficial del Estado, número 43, el día 28 de mayo de 1999.

549 Tesis aislada P. LXVI/2009, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

550 Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª Edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 204.

551 Maihofer, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, traductor, Dr. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, editorial IB de F, Julio César Faira-Editor, 2008, p. 67.

552 Cerezo Mir, José, “El delito como acción culpable”, Santiago de Chile, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LIX, fase 1, 1996, p. 11.

553 Cobo Del Rosal, Manuel y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, U. de Valencia, t. I, 1982, pp. 96 y ss.

554 Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, t. III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 10.

555 Künsemüller Loebenfelder, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, p. 20.

constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión del hecho”.<sup>556</sup>

9. Así, cuando el juzgador individualiza la pena motivando las condiciones del sentenciado en menoscabo de sus libertades, sin que aquéllas ni las inferencias que se hacen de ellas, las haya reflejado en las circunstancias que concurrieron al delito, que permitan graduar su culpabilidad en el mismo (y al cual debe ceñirse la punición, conforme lo mandan la Constitución y la ley, y no así por aspectos ajenos al mismo), el juez trastocará las condiciones del sentenciado en herramientas para punirlo como si fuera mero objeto de ella, lo que se opone a su dignidad como ser humano autónomo en el libre desarrollo de su personalidad, la cual deber ser respetada conforme al último párrafo del artículo 1º C., precepto que se viola con aquel proceder.

IV. La garantía de aplicar exactamente la pena al delito de que se trata y el deber constitucional que la misma sea proporcional a la gravedad del delito, (artículos 14 y 22 C.)

1. Del artículo 14 C. se deriva que “la pena que se imponga” (decretada por una ley), ha de ser “aplicable exactamente al delito de que se trata”, y a su vez, el artículo 22 C. demanda que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. De modo que esos preceptos se violan, cuando la pena se aplica y cuantifica –en perjuicio del sentenciado– por aspectos o circunstancias que no concurrieron al delito.

Y precisamente eso es lo que sucede, cuando al individualizar la pena, ésta se cuantifica e impone atendiendo a la educación, edad y donde residía el sentenciado, debido a que aprendió valores y tendría más experiencias e interacción social (aunque no se sepa en qué consistieron las dos últimas, más allá de tener cierta edad y de residir en una ciudad), siendo que el sentenciado no reflejó aquellas condiciones de su personalidad, ni las inferencias que se hacen de las mismas, en las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso, ni las referidas condiciones personales –en conjunción con dichas circunstancias– permitan explicar su proceder en aquel hecho, para así graduar su culpabilidad en el mismo.

2. Y no obstante que del artículo 14 C. se deriva la exigencia de que la pena se aplique “exactamente al delito de que se trata”, y de que el artículo 22 C. ordena que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”, sin que para ello puedan considerarse aspectos ajenos al hecho delictuoso cometido, porque en tal caso la pena ya no se aplicará exactamente al delito de que se trata, ni aquélla será proporcional a la gravedad de ese delito, sino que la misma se impondrá y será adecuada –ya sea en parte o totalmente– a la supuesta gravedad de aspectos ajenos al mismo.

3. En efecto, conforme a los artículos 14 y 22 C., la aplicación y cuantificación de la pena deben ceñirse al delito cometido, preceptos que se oponen a que se individualice la pena según las peculiares del sentenciado que adquirió o conformó en el curso de su vida –como su edad, residencia o educación–, o bien por las inferencias genéricas que se hagan de ellas, en vez de valorar la mayor o menor gravedad concreta del hecho delictuoso, según su naturaleza, los medios empleados y el modo en que lo materializó el sentenciado, y donde sus peculiares solo podrán tener relevancia si ellas las reflejó en las circunstancias que concurrieron a dicho hecho delictuoso, o permitan valorar los motivos que lo impulsaron a delinquir.

4. De ahí que siguiendo a Bockelmann y a Achenbach, refiriéndose a legislación penal de países con principios, derechos y garantías similares a los de nuestro orden jurídico fundamental, Roxin haya señalado con razón:

“Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación, que unos criterios penales que atiendan al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar, y que midan con esos baremos la cuantía de la sanción”.<sup>557</sup>

Y Roxin ha abundado:

“...no es legítimo recurrir...a una “culpabilidad por la conducción de la vida” o “culpabilidad por la decisión de la vida” existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada [o no], en lo que es hoy. Pues una conducción “culpable” de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible”.<sup>558</sup>

6. En idéntica postura se inscribe Jürgen Bauman, quien destaca que a efecto de imponer pena o agravarla “...rechazamos una culpabilidad por la conducción de la vida, a saber, una culpabilidad que se refiere a una conducta anterior que no realiza el tipo”.<sup>559</sup>

Y Baumann abunda al respecto:

<sup>556</sup> Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, segunda edición; Buenos Aires, Hamurabi, José Luis De Palma Editor, 1999, p. 627.

<sup>557</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, t. I, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1999, p. 177.

<sup>558</sup> Idem.

“El súbdito del Derecho puede dirigir su vida tan mal como le parezca, lo que incumbe al orden penal son los hechos amenazados con una pena. Politoff apunta que también es correcta la hipótesis contraria: puede el sujeto haber llevado la mejor de las maneras de vivir en el pasado, sin que ello obste a la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad [y a la graduación del injusto culpable a efecto de la pena]. La doctrina de la culpabilidad por la conducción de la vida significa trasladar el reproche a una época anterior al hecho constitutivo de delito (es decir, a la época en que en vez de ir a la escuela se prefería faltar a clases, se comenzó a beber, a llevar una vida desordenada, etc.). Conducir el reproche a esos hechos pasados que no son materia de prohibición amenazada con pena, representa una evidente violación al principio *nullum crimen nula poena sine lege*”.<sup>560</sup>

7. En el mismo sentido se pronuncian Zaffaroni, Alagia y Slokar, abundando que el principio de “culpabilidad de acto” impone que no se tomen en cuenta características de la personalidad para habilitar un poder punitivo que exceda el marco de la culpabilidad en el hecho. Lo cual no impide que aquéllas sí puedan considerarse para imponer una pena menor, cuando las mismas sean conducentes a tal efecto, en tanto que con ese proceder no se perjudica al sentenciado.

Así se obtiene de este pasaje:

“...Lo que el principio liberal de culpabilidad de acto impone, es que no se tomen en cuenta características de personalidad para habilitar un poder punitivo que exceda el marco de la culpabilidad de acto, es decir el indicado por el puro reproche de acto. En modo alguno este principio impediría que puedan tomarse en consideración esas características para imponer una pena menor que la indicada por esa culpabilidad de acto. Así como puede usarse la analogía *in bonam partem*, también podrá usarse la culpabilidad de autor en la misma forma. Lo contrario importaría una interpretación aberrante y de mala fe de los límites al poder punitivo, transformando estos límites en garantías de ejercicio de poder punitivo a favor del sistema penal o, en otros términos, los principios limitadores para contener al estado de policía serían pervertidos para ponerlos al servicio de ese estado”.<sup>561</sup>

8. Por su parte, Bacigalupo, siguiendo a Stratenwerth, señala que la tesis de que las condiciones de una persona podrían tomarse en cuenta para agravar la pena, incurre en la postura de una “pena adecuada a la personalidad”, con la cual: “...se retrotrae la culpabilidad a momentos en que se adquiere la personalidad (mediante un desplazamiento similar a las *actio liberae in causa*), que resulta imposible determinar en el curso de la vida del autor y donde en realidad se reemplaza a la culpabilidad [o a su grado] por una ficción”.<sup>562</sup>

9. De allí que, a su vez, De La Mata Barranco –siguiendo a Jorge Barreiro–, subraye que al atender a las calidades o condiciones personales del sentenciado deben evitarse: “...los riesgos de caer en un Derecho penal de autor y la necesidad, por ello, de atender sólo aquellos datos personales que tengan relevancia para explicar el proceder en el hecho delictivo”.<sup>563</sup>

10. Y al respecto, Martín Besio sostenga:

“...el argumento decisivo se encuentra en la ilegitimidad de utilización de estos parámetros para aumentar la cuantía de pena, esto es, su manejo en perjuicio del delincuente, pues se trata de aspectos que no guardan relación ninguna con el hecho ejecutado –lo único que el Derecho penal pretende prevenir y puede lícitamente prohibir– y en buena medida de calidades, aspectos o circunstancias que no controla ni dependen directamente de éste. La pregunta, en definitiva, que cabe formularse respecto de cada uno de los baremos expuestos, es si a través de ellos resulta racional y lícito un aumento de la cuantía de la pena a imponer: ¿resulta, entonces, legítimo en un Estado social y democrático de Derecho, sancionar más (aumentar la pena, la estadía en prisión) en función de que un sujeto carece [o disfruta] de un adecuado entorno social o familiar; o porque no goza [o posee] un alto grado de formación cultural e intelectual; o, en fin, dado que no desarrolla [o sí desempeña] actividades laborales? La respuesta debiese ser, a mi juicio, negativa, pues dicha mayor sanción se justificaría en la persona del delincuente y en su forma de vida, lo que resulta proscrito en una estructura punitiva liberal y garantista orientada al hecho y no al autor”.<sup>564</sup>

11. En tal sentido, Zaffaroni tiene toda la razón al apuntar:

“...Cuando se pretende la existencia de fuentes habilitadoras del poder punitivo que no provienen del delito, se cae en la postulación de una cuantificación de la pena, total o parcialmente diferente de la culpabilidad del delito. [De ahí que deba rechazarse]...la posibilidad de que en el terreno de la llamada cuantificación penal, o sea en la tarea de precisión de la

<sup>559</sup> Bauman, Jürgen, *Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistema*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1972, p. 217.

<sup>560</sup> Idem.

<sup>561</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, pp. 1078-1079.

<sup>562</sup> Bacigalupo, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, José Luis De Palma, Editor, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1999, p. 265.

<sup>563</sup> De La Mata Barranco, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, p. 236.

<sup>564</sup> Besio Hernández, Martín, op. cit., nota 20, p. 387.

cuantía de poder punitivo ejercitable en un caso, pueda operarse una ampliación de éste que no provenga de la proyección de las categorías del delito”.<sup>565</sup>

12. Por ello, bien observa Feijóo que “así como el delito es un injusto culpable, la cuantificación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable”,<sup>566</sup> sin que para agravarla deban considerarse aspectos de la personalidad del sentenciado que él mismo no haya reflejado en las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso de que se trata, al cual debe constreñirse la cuantificación y aplicación de la pena (según se deriva de los artículos 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

13. En tal virtud, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interrumpió la aludida tesis de jurisprudencia 1a./J.175/2007, y precisamente reiteró que nuestro orden jurídico se decanta por un “derecho penal de acto” y repele un “derecho penal de autor”, con base en las tesis siguientes:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR NO DEBE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INculpADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) [INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 175/2007]. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 100/2007-PS, ... estableció que conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal el juzgador, al individualizar las penas a imponer, puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado. Ahora bien, una nueva reflexión lleva a abandonar este criterio,... en virtud de que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma del derecho penal del acto y rechaza a su opuesto, el derecho penal del autor; además porque de acuerdo con el principio de legalidad, ninguna persona puede ser castigada por quien es, sino únicamente por las conductas delictivas que comprobadamente comete; por lo que la personalidad se vuelve un criterio irrelevante pues los dictámenes periciales que la analizan (o pretenden analizarla) únicamente sirven para estigmatizar a la persona sujeta a la jurisdicción y, así, se cumplen criterios que admiten la aplicación de consecuencias perjudiciales para ella, las que se aplican a pesar de estar sustentadas en razones claramente ajenas al estricto quebranto de una norma penal”.<sup>567</sup>

“DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. De la interpretación sistemática de los artículos 1, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal de acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal de autor". Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado –actuando a través de sus órganos– está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado”.<sup>568</sup>

15. En realidad, desde antes de las tesis citadas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había rechazado la llamada “culpabilidad de autor” en la tesis de jurisprudencia 1ª./J.110/2011 (9ª) –publicada en 2012–, restringiendo justamente la graduación de la culpabilidad a un “derecho penal de acto”. Y, por tanto, no por lo que el sentenciado es, según sus peculiares, sino sólo por el hecho delictuoso que aquél cometió o en el que participó, para lo cual basta citar el pasaje siguiente de la tesis citada:

<sup>565</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al, op. cit., nota 2, p. 1040.

<sup>566</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, Barcelona, Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 403, www.indret.com, 2007, p. 4.

<sup>567</sup> Tesis 1a. XCII/2013 (10a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, abril de 2013, t. 1, p. 961.

<sup>568</sup> Tesis constitucional 1a. CCXXXVII/2011, (9a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro II, noviembre de 2011, t. 1, p. 198.

“CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO. A través de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, al artículo 52 del entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para efectos de la individualización de la pena, se abandonó el criterio de peligrosidad adoptándose el de determinación del grado de culpabilidad, acorde con el cual la pena debe imponerse por lo que el delincuente ha hecho y no por lo que es o por lo que se crea que va a hacer, pues se trata de un derecho penal de hecho y no de autor...”<sup>569</sup>

Dicho en otras palabras, es factible conciliar legítimamente la “culpabilidad de acto” con las “calidades o condiciones personales” del sentenciado, en la medida que a éstas se les redirija racionalmente a la “concreción del injusto culpable”, es decir, en tanto en el delito de que se trate sean relevantes para explicar su proceder delictuoso, o el sentenciado las haya reflejado en las circunstancias que concurrieron al mismo, al que debe constreñirse la punición y su cuantificación, conforme a los artículos 14 y 22 C., y acatando también de aquella manera la prohibición del artículo 1° C., en el sentido de no discriminar al sentenciado mediante una motivación de sus condiciones, que menoscabe sus libertades, sin respetar su dignidad en el libre desarrollo de su personalidad.

16. De allí que también será incorrecto sostener que como en el Código Penal Federal se adoptaría un “...esquema... de combinación de dos sistemas: el de culpabilidad de acto como núcleo del mismo, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada...”: luego, sería legítimo emplear la llamada “culpabilidad de autor” para estimar más grave el grado de culpabilidad del sentenciado motivando en su perjuicio a sus peculiares y las inferencias genéricas que se hacen de ellas, aunque unas y otras sean aspectos ajenos a las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso.

Y es que dicho argumento no puede sostenerse como válido, dado que –además de todo lo expuesto, y como antes se dijo–, la idea del “doble marco” fue superada por la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto por la aludida tesis de jurisprudencia 1ª./J.110/2011 (9ª), publicada en 2012, como también por la diversa tesis 1a. XCII/2013 (10a.), mismas que repudiaron el criterio del “doble marco” antes referido, desterrando de la valoración a la llamada “culpabilidad de autor” para cuantificar la pena.

V. La individualización de la pena debe basarse en datos probados, que racionalmente sean relevantes para graduar el injusto culpable

1. En la ley penal se determina que los datos que se tomen en cuenta para individualizar la pena de prisión, estén probados y sean relevantes para racionalmente motivar el grado de culpabilidad del sentenciado en el injusto y la gravedad de éste, de los cuales se obtiene el llamado “grado de punibilidad” en el CPC, o grado de culpabilidad “en sentido amplio” (que comprende el grado de culpabilidad en sentido estricto y la gravedad del injusto), según se le denomina por la doctrina y un sector de la judicatura federal.

2. Por ello, es inadmisibles que la culpabilidad se gradúe con base en datos no probados, o en asunciones abstractas o genéricas y, por tanto, indefinidas, en vez de las circunstancias específicas acreditadas que concurrieron al hecho delictuoso, que lleven a justipreciar racionalmente, la mayor o menor gravedad del ámbito material delictuoso en que se autodeterminó el sentenciado.

3. Por tanto, no todos los factores establecidos en la ley para individualizar la pena, serán por ese sólo hecho, “relevantes” para aquel efecto, pues el juzgador ha de excluir los que en abstracto se señalen en la ley para graduar la culpabilidad en el injusto y la gravedad de éste, si en el caso carecen de sustento probatorio, o la inferencia que se haga de los mismos sea irracional, o los que se concreten no sobresalgan por su gravedad concreta, o bien aquéllos sean descaminados al no referirse a las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso de que se trata, (al que debe constreñirse la aplicación y cuantificación de la pena, conforme a los artículos 14 y 22 C.).

Con esa orientación se expresa la tesis de jurisprudencia siguiente:

“PENAS, SÓLO DEBEN ESTUDIARSE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA FIJACIÓN DE LAS. No ha existido ni existe obligación del juzgador de aludir o citar en su resolución todos aquellos aspectos existentes en el campo de la posibilidad y en abstracto (los que como mera enumeración ejemplificativa de factores de agravación o atenuación de la ilicitud y de la culpabilidad están contenidos en el actual artículo 52 del Código Penal Federal) que eventualmente puedan influir para individualizar una pena; y de explicar siempre por el método de eliminación, la razón de por qué no debe atenderse a todas ellas, sino que por el contrario, el órgano judicial sólo tiene el deber de citar aquellas circunstancias del agente o del hecho delictuoso que justifiquen el porqué de un menor o mayor reproche (culpabilidad), y la aplicación

de la sanción correspondiente, razonando en cada caso el motivo de la agravación o de la atenuación del quantum de la pena a que se hubiera hecho acreedor el enjuiciado”.<sup>570</sup>

3. No obstante, aunque con frecuencia las peculiares del sentenciado –o incluso otros factores legales– resultan ser irrelevantes en un caso, para evaluar el ámbito material en que se autodeterminó el sentenciado, o aquellas en que se encontraba el sentenciado al cometerlo o participar en su comisión, de todos modos se les involucra en la individualización de la pena solo porque están referidos en la ley, desatendiendo que el mismo legislador los vinculó al examen del hecho delictuoso sólo en la medida que sean “relevantes” para racionalmente graduar la culpabilidad y la gravedad concreta de éste.

En tal sentido es criticable la tesis que se transcribe enseguida, pues, aunque se refiere a la peligrosidad, difícilmente podría admitirse que los datos personales a que se refiere serían relevantes aun para aquel efecto.

“PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. ASPECTOS PERSONALES DEL DELINCUENTE. La circunstancia de que, al individualizar la pena, se tome en cuenta la adicción al cigarro, a las bebidas embriagantes, así como el hecho de tener apodos, no es violatorio de garantías, ya que éstos son aspectos que la codificación penal al igual que otros a los que se refieren los artículos 56 y 57 del Código Penal del Estado de Sonora, deben ser tomados en cuenta por el Juez...”<sup>571</sup>

4. Esa situación se reproduce ahora al graduar la culpabilidad en el injusto, pues no es inusual que se tomen en cuenta datos irrelevantes, para de ellos hacer inferencias o deducciones genéricas e irracionales, más aún, cuando unos y otras son ajenas a las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso, configurantes del ámbito material en que el sentenciado lo llevó a cabo, y respecto al cual precisamente debe centrarse la evaluación.

Así, por ejemplo, en un robo, la edad del sentenciado, su oficio y donde residía, así como su educación completa de secundaria, no pueden “racionalmente” calificarse como datos “relevantes” para apreciar como más grave el grado de culpabilidad del sentenciado –aumentándole la pena de prisión–, porque según esto, le permitieron adquirir valores y disfrutar de –supuesta– madurez, tener mayor interacción o roce social y experiencias suficientes (aunque genéricas e indeterminadas más allá de su edad y donde residía), que le habrían incrementado su margen de acatar la prohibición al cometer el delito.

5. Y ello es como se indica, porque no se ve cómo la edad del sentenciado, su educación, trabajo y residir en una ciudad, podrían darle más razones para inhibirse al cometer el delito, más allá de aquellas basadas en dichas peculiares, que junto con las circunstancias en que concretó el injusto, sirven para inferir que aquél conocía la punibilidad de su conducta cuando la realizó, como parte de su culpabilidad, y la cual no puede recalificarse en su perjuicio para individualizarle la pena de prisión, en acato al principio no bis in idem que deriva del artículo 23 Constitucional.

5. De igual modo es descaminado agravar el grado de culpabilidad del sentenciado porque residía en una ciudad al concretar el hecho delictuoso, un robo por ejemplo, y por ello, tendría a su alcance múltiples medios de difusión al público en los que se da cuenta de las consecuencias penales de cometer delitos, o bien, porque al residir en zona urbana y debido a su edad, tendría un “mayor roce o interacción social y experiencias” para el mismo efecto, o bien para ajustarse a la prohibición penal.

Ya que con aquellos cánones el juzgador pune al sentenciado por meras “posibilidades” (abstractas) que tendría de informarse de la punibilidad su conducta, ¡aunque de la misma ya estuviera informado pues cometía un robo!, o bien por un “roce o interacción social” que ningún individuo puede eludir, ni siquiera quien viva en una zona rural, y donde en realidad más allá de residir en una ciudad y de tener cierta edad, no se sabe en qué habría consistido ese “mayor roce o interacción social y experiencias” del sentenciado, de tal modo que las mismas se hayan reflejado de manera relevante en las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso, que permitan valorar la gravedad concreta de las mismas.

El proceder objetado también desatiende que la alusión legal a “las circunstancias especiales del agente,... relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”, se centra –conforme a lo sostenido por la Primera Sala en la ejecutoria de la tesis de jurisprudencia 1a./J.166/2005, en “aquellas en que [el sentenciado] se encontraba momentos antes de cometer el delito, como son la ebriedad, drogadicción u otras”,<sup>572</sup> para en su lugar basar la evaluación en “posibilidades” (abstractas) de informarse... ¡de lo que el sentenciado ya estaba informado al cometer el delito!, o bien en una mayor interacción social y experiencias de aquél, tan vagas e indeterminadas, cuyo influjo para inhibirse en la situación material en que concretó el injusto, solo cabe asumirlo como acto de fe.

¿O acaso todos los que residimos en zonas urbanas tendríamos, por ese solo hecho, una obligación jurídica –ciertamente inexistente– de oír por radio noticias de nota roja, o leerlas en los periódicos o escucharlas en televisión? ¿Y acaso por tal deber

570 Tesis de jurisprudencia II.2o.P.J/18, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2450.

571 Tesis V.1o.6 P, Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 889.

572 Véase ejecutoria que gobierna a la tesis de jurisprudencia 1a./J.166/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 111.



ficticio, o en virtud de nuestra interacción social en las ciudades donde residimos, que sería mayor que la de una zona rural, ya tendríamos predeterminada, por esos aspectos, como más grave nuestra culpabilidad cuando cometamos un delito, aunque no se trate de las circunstancias que concurrieron al mismo?

6. En realidad, cuando para evaluar el grado de culpabilidad de quien cometió un delito, se atiende a supuestas mayores “posibilidades” de informarse acerca de la prohibición penal de una conducta que todo mundo identifica como delito (supóngase un robo o una violación), o para abstenerse de cometerlo, por existir más medios de información y un mayor “roce o interacción social”, al residir en una ciudad –en vez de zona rural–, o por tener cierta edad –asumiendo de tal edad, suficiente “madurez o mayores experiencias”–, se pasan por alto dos aspectos fundamentales:

El primero. Que precisamente cuando se trata de un hecho que todo mundo identifica como delictivo, que son los que ordinariamente se cometen, como por ejemplo, un robo, una violación, un secuestro o un homicidio (sin que concurra error sobre circunstancias que configurarían alguna causa de licitud), la punibilidad de aquellos injustos en sana crítica cabe inferirla como conocida por el sentenciado cuando los efectuó, y por tanto, sin que en esos casos quepa hablar “racionalmente” de que aquél tendría “más posibilidades” de saber o de informarse de la punibilidad de su conducta ¡que justo ya conocía! Motivación que al ser “irracional”, contraviene la exigencia en sentido contrario implicada en el artículo 16 C, respecto a que todo acto de autoridad debe ser motivado y fundado en la disposición legal que motiva su aplicación.

Y el segundo. Que agravar la culpabilidad por un “mayor roce social o experiencias” al residir en zona urbana y/o tener cierta edad, significa –aunque no se quiera reconocer así–, que en toda persona existiría un ingrediente para un mayor reproche en su contra por el delito que cometa, solo por residir en una ciudad, o a partir de cierta edad, con lo cual se retrotrae, además, la autodeterminación en el hecho delictivo, a indefinidos estadios de “mayor interacción social” o de presumidas “mayores experiencias”, de los que en realidad no se sabe en qué consistirían, más allá de residir en zona urbana o tener cierta edad, que le habrían dado al sentenciado una supuesta mayor posibilidad de conocer la punibilidad de su conducta.

Con todo ello, se suplanta la evaluación de las circunstancias del hecho delictivo, en el que el sentenciado expresó su culpabilidad, por una ficción que proyecta la graduación de la misma hacia indeterminadas situaciones anteriores al delito, de las que no es posible defenderse.

Y es que una cosa es que se infiera que el sentenciado, por residir en una ciudad, tener cierta edad o educación, sabía de valores y conocía la punibilidad de su conducta cuando la realizó. Y otra muy distinta es ponderar las circunstancias que concurrieron al hecho delictivo y, en su caso, la forma en que el sentenciado reflejó sus peculiares en el mismo. La primera cuestión atañe a la culpabilidad. Las restantes conciernen a la graduación de la culpabilidad en la concreción del injusto, es decir, a la graduación del injusto culpable.

No se trata pues de evaluar datos cuantitativos abstractos –de mayor o menor roce social o de un cúmulo de experiencias indeterminadas– ni cualitativos genéricos –de residir en una ciudad o en una zona rural, de tener cierta educación escolar, etc.–, sino de ponderar circunstancias concretas que hayan concurrido al hecho, y si se quiere, de una determinada interacción social relevante que haya concurrido al injusto, y que “lo impulsaron o determinaron” (en palabras de la ley) al hecho delictivo, a efecto de racionalmente graduar la culpabilidad de aquél en ese hecho.

7. En lo que atañe a la edad, los códigos penales fijan los dieciocho años como punto cronológico a partir del cual, las personas pueden ser responsables penalmente. Pero más allá de ello, no parece existir una razón válida para sostener que la edad «por sí misma» sería relevante para asumir que por ella el sentenciado tendría más madurez o más experiencias –indeterminadas–, y, por tanto, también habría tenido mayor margen de acatar la prohibición penal según las circunstancias en que concretó el delito.

8. Zaffaroni opina: “La edad es indicadora del grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien del grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad, los que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida”.<sup>573</sup>

Y ciertamente, la edad puede indicar el “grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad que hagan más fácil o más difícil inhibirse”, pero mientras no conste cuáles caracteres del individuo y el modo en que influyeron en una mayor o menor exigibilidad de su conducta al concretar el injusto, la edad por sí sola seguirá siendo un dato insuficiente para graduar la culpabilidad de aquél en la concreción del injusto.

9. De ahí lo inadmisibles de agravar a alguien su culpabilidad en el injusto solo porque tenía cierta edad al realizarlo. ¿Y es que a partir de qué edad y por qué, ya podría evaluarse que una persona tendría más posibilidades de ajustarse a la prohibición de la norma (con abstracción de las circunstancias en que concretó el injusto de que se trate); esto es, de tal modo que sin algún otro dato concreto, aparte de la edad, ya pudiera colegirse un ámbito incrementado de exhibición al cometer el delito, más allá de un supuesto mayor asentamiento de caracteres (cuáles) de la personalidad, o de conjeturadas “mayores” experiencias o interacción social, indefinidas, pero que serían virtualmente “suficientes” para aquel efecto?

Sin dejar de observar que si “a partir de cierta edad” y dadas las imaginadas y vagas “mayores experiencias e interacción social” que aquélla implicaría, se toman en cuenta esos aspectos para considerar más grave la culpabilidad del sentenciado en el injusto, sin duda que la apreciación involucrará una discriminación de aquél motivada por su “edad” y que solo por ella –o por “residir en una ciudad”– tendría “mayores experiencias o interacción social” (indefinidas), contra lo establecido en tal sentido por el artículo 1° C. que prohíbe toda forma de discriminación injustificada del individuo motivada por cualquier condición personal, con menoscabo de sus libertades y sin respetar su dignidad.

Y si al respecto se aduce que sería a partir de cierta edad cuando el sentenciado ya tendría la “madurez” suficiente que le ampliaría su margen de elegir, en verdad se formulan aseveraciones contradictorias y sin fundamento. Pues si conforme al Diccionario de la Lengua, la palabra “madurez” quiere decir “buen juicio o prudencia, sensatez”,<sup>574</sup> es obvio que, si el responsable los hubiera tenido, no habría cometido el delito por el que se le condena.

Igual es sabido que la llamada “madurez” emocional de las personas puede discrepar con su edad cronológica. Un individuo de 25 años ya puede disfrutar de buen juicio y, sin embargo, otro de mucha más edad aún puede ser insensato, debido a experiencias vivenciales que le dificulten tener la prudencia que se esperaría de él. Por tanto, para sostener la madurez de una persona será insuficiente constatar que es mayor de cierta edad, pues es preciso que de dicha “madurez” haya dictámenes que apoyen la que se supone gozaría según sus experiencias concretas de vida, y, aun así, también será preciso establecer de qué manera influyó todo ello en la realización del injusto según las circunstancias que concurrieron al mismo, de tal manera que volvieren más o menos exigible al sentenciado ajustarse a la prohibición penal.

10. Otro ejemplo que atiende a un solo dato –de nuevo la edad– para formular aseveraciones generales –no demostradas– e inconducentes, es estimar que luego de los dieciocho años, la capacidad de discernir del individuo aumentaría con el tiempo: lo cual justificaría aumentarle la pena a partir de “cierta” edad, porque tal incremento de su capacidad le ampliaría su margen de elegir. Mas si es el caso que falten datos que permitan establecer que “a cierta edad” después de los dieciocho, ya se iría adquiriendo –de manera continua– “más” discernimiento, que facilitaría “más” inhibirse al cometer un delito, (lo cual no parece factible demostrar), aquella suposición carente de soporte probatorio convierte en ficción la graduación de la culpabilidad en el injusto cometido.

Más aún, porque para imputar pena a una persona es preciso que haya tenido capacidad de discernir sobre la ilicitud de su conducta al cometer el delito (imputabilidad). Por lo que más allá de los dieciocho años, examinar la “capacidad” de discernir –y no así la edad– del sentenciado para cuantificar la pena, solo será relevante cuando al cometer el delito dicha facultad haya estado perturbada de tal modo, que aquél tuviera disminuida su imputabilidad, para así ponderar la medida en que estaba reducida su aptitud de comprender la ilicitud de su obrar o de autodeterminarse según esa comprensión, y aplicarle así la pena adecuada.

Por ello es criticable la tesis siguiente:

“PENA. LA EDAD DEL DELINCUENTE INFLUYE EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. Es inexacto que la edad del inculcado sólo sea útil para determinar si es imputable o no, pues como la capacidad de discernimiento de cualquier sujeto aumenta con el transcurso de los años y esto le permite advertir con más claridad las consecuencias de sus actos, es evidente que la edad del activo constituye un factor importante para apreciar su comportamiento, y así lo reconoce el artículo 52, párrafo segundo, del Código Penal Federal, al disponer que: “... en la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: ... 2°. La edad... del sujeto...”.<sup>575</sup>

Una réplica al criterio transcrito, la proporciona la tesis de rubro siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LA EDAD DEL SENTENCIADO NO CONSTITUYE FORZOSAMENTE UN FACTOR QUE DEBA TOMARSE EN CUENTA PARA AGRAVAR LA SANCIÓN”.<sup>576</sup>

11. Ciertamente todo ello no excluye –como ya antes se dijo– que la edad del sentenciado pueda ser tomada en cuenta si se le relaciona con otras circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso, donde aquélla –junto con estas– devengan relevantes para ponderar la gravedad del injusto culpable. Por ejemplo, como antes se explicó, cuando el sentenciado se valió de un niño para cometer el delito, o cuando una persona mayor de edad lesiona dolosamente a un infante, o un joven adulto golpea reiteradamente a un anciano.

12. Además, si no se probó que el sentenciado cometió el delito por encontrarse ante una necesidad apremiante –y que, si se acreditase, excluiría al delito o al menos atenuaría su grado de culpabilidad, pero no lo agravaría–, tampoco es razón para aumentar la pena. Simplemente porque si no se demostró nada, nada puede derivarse de ello en ningún sentido. O, dicho de otro modo, el que

<sup>574</sup> Real Academia Española de la Lengua, Diccionario..., op. cit.; vigésima segunda edición, 2010, España, <http://www.rae.es/>

<sup>575</sup> Tesis aislada, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. XIII, abril de 1994, p. 407.

<sup>576</sup> Tesis aislada XVII.2o.P.A.20 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2353.

no se demostrara alguna necesidad que moviera al responsable a cometer el delito, no quiere decir que, por ello, ya estaría probada alguna circunstancia que le volvía más exigible ajustarse a la prohibición penal.

### SECCIÓN DÉCIMA TERCERA

#### LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA CONFORME A LA GRAVEDAD CONCRETA DEL INJUSTO CULPABLE

##### A. PREMISAS

Justamente las “peculiares, condiciones, calidades o circunstancias en que se hallaba el sentenciado”, importarán para individualizar la pena, en la medida que permitan valorar su proceder en el delito, o las haya reflejado en las circunstancias que concurrieron al mismo, que permitan evaluar una mayor o menor gravedad de su culpabilidad en ese hecho delictuoso, o bien la gravedad de tal ilícito; es decir, del injusto culpable que cometió o en el que participó, que es por el que se le condena y el artículo 14 C. permite aplicarle la pena, cuya cuantificación dentro del marco legal punible del delito de que se trata, deberá ser proporcional a su gravedad, según lo dispone el artículo 22 C., pero no en cuanto a aspectos que no concurrieron al hecho delictuoso.

##### B. MOTIVOS QUE IMPULSARON AL SENTENCIADO, EN RELACIÓN CON SU EDUCACIÓN, SUS COSTUMBRES, CONDICIONES SOCIALES, LABORALES, FAMILIARES Y ECONÓMICAS

1. En efecto, respecto al proceder del sentenciado, muchos –si no todos– “los motivos que lo impulsaron a delinquir”, a que alude la ley penal para cuantificar la pena, pueden ser apreciados con mejores elementos de juicio, si se atiende a “su educación, sus costumbres, condiciones sociales, familiares y económicas” (también referidas en la ley para aquel efecto), en tanto ellas pueden auxiliar a valorar su proceder y –por ende– la mayor o menor exigibilidad de su conducta, pero siempre vinculadas a “las circunstancias del hecho” que lo llevaron o resolvieron a delinquir.

2. De esa manera, por ejemplo, en la subcultura de algunos grupos sociales a los que pertenezca el sentenciado (“condición sociocultural”), puede existir la convicción (a veces derivada de sus “costumbres”), de que cierto comportamiento es sumamente ofensivo si se realiza en determinado contexto, por lo que si aquél se condujo delictuosamente motivado por un proceder de aquella naturaleza dirigido a él, que consideró deliberado e injustificado, es razonable inferir, de acuerdo a dichas circunstancias y a la condición sociocultural del sentenciado, que dicho motivo le limitó inhibirse.

3. Una menor exigibilidad también ocurrirá con la “condición laboral” de un empleado que por largo tiempo es objeto de mofa y de acoso reiterados por parte de su supervisor, a quien de pronto aquél da un golpe con una herramienta de trabajo, motivado por la burla y el acorralamiento ofensivo de los que es objeto por dicho inspector. O bien, con la “condición familiar” de la mujer casada que lesiona a su marido, motivada porque éste la golpeó momentos antes porque le vino en gana, como aquél suele hacerlo con frecuencia.

4. Asimismo, si un sicario mata por dinero, sus peculiares tendrán muy poco o nada que ver para no desvalorar su motivación como muy grave, más tal evaluación será diferente si un joven de “dieciocho años”, que se desarrolla en un “medio hostil y de marginación social”, es provocado sin razón a reñir y en este contexto lesiona al provocador.

5. De igual modo, debido a la apurada “condición económica” (por falta de trabajo no procurada o a ingresos apenas suficientes para cubrir necesidades básicas), una persona roba para salir adelante. Y otra con recursos patrimoniales sobrados, comete una estafa para volverse mucho más rica. Es evidente que, dada la diferente calidad de los motivos del proceder delictuoso de cada individuo, según sus condiciones, será distinto el grado de su culpabilidad en uno y otro evento.

En esa línea de pensamiento, Zaffaroni razona:

“El grado de aberración del motivo está dado por la medida de la incompatibilidad de éste con la preservación de los bienes jurídicos: por regla general, es menos reprochable quien mata por venganza que quien lo hace por placer, quien roba por relativa necesidad que quien lo hace por mera codicia, etc. Cuanto más baladí sea el motivo y mayor el contenido injusto del hecho, mayor será el reproche [y viceversa]”.<sup>577</sup>

6. Por ello, respecto a las condiciones personales de un sentenciado, no deben dejarse de lado las mismas cuando permitan inferir su situación de vulnerabilidad respecto al injusto, favoreciendo su comisión (y, por tanto, limitando su inhibición al delito), en especial

cuando su propensión devenga de derechos fundamentales insatisfechos, como son una educación básica incompleta o la carencia de trabajo, tratándose de un robo, por ejemplo.<sup>578</sup>

Bien señala Zaffaroni:

[Cabe] "...reconocer que existe una distribución inequitativa del espacio social, y que, en consecuencia, de éste depende en buena medida el ámbito de autodeterminación de una persona. No hay estado que organice las instituciones de modo que garanticen las mismas posibilidades de realización a todos los habitantes y, por fuerza, esta disparidad condiciona ámbitos de autodeterminación que son diferentes. El estado no puede formular un reproche jurídico haciendo caso omiso de estas diferencias, pasando por alto las limitaciones a la autodeterminación socialmente condicionadas, porque caería en una ficción de intolerable crueldad: la del estado perfecto, capaz de realizar una distribución igualitaria de los espacios sociales".

7. Del mismo modo, cabrá graduar la culpabilidad del sentenciado tomando en cuenta su condición familiar o circunstancias personales, cuando haya obrado bajo influencia de una persona con la que tenía parentesco por consanguinidad, o relación de adoptante y adoptado o viceversa, o de tutor y pupilo o viceversa, o de cónyuge o por pacto civil de solidaridad o amasiato, o bien, con la que tenía una relación lícita de dependencia económica, laboral o jerárquica, o bien sentimental o de amistad.

8. Las condiciones intelectivas, padecimientos y motivaciones emocionales no propiciadas y derivadas de "condiciones personales, familiares, laborales o económicas", como cualquier otra situación de vulnerabilidad del sentenciado que apareje menor exigibilidad, podrán verse eventualmente superadas por una mayor gravedad de su conducta injusta, pero aun así, aquellas menores exigibilidades deben ser atendidas en la ponderación, tanto con más razón, si es que también faltan circunstancias para desvalorar de manera relevante el injusto realizado.

#### C. IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

1. También es posible que el sentenciado haya tenido reducida su capacidad de ajustarse a la norma cuando cometió el delito, en virtud de padecer una disminución de sus aptitudes intelectivas; o bien, que la exigibilidad de ajustarse a la prohibición penal sea menor por sufrir ciertos padecimientos psíquicos que perturben su personalidad, que lo hagan propenso a cometer ciertos delitos.

2. Así, Zaffaroni observa:

"...el mitómano que comete una estafa tiene su culpabilidad reducida en comparación con el que no es mitómano, porque el abanico de acciones que permite su personalidad es más estrecho, y para no mentir necesita realizar el esfuerzo que no requiere quien no es mitómano".<sup>579</sup>

3. Así pues, además de los casos de "debilidad mental" del sentenciado, es posible que su imputabilidad disminuida también se deba a una "enfermedad mental", que, sin determinar su inimputabilidad, le haga menos fácil inhibirse, como, por ejemplo, adoleciendo de ludopatía, roba para apostar: donde se valore el grado de su impulso de robar, relativamente fuera de su control, debido a su padecimiento al cometer el delito, a efecto de cuantificar la pena. En todos esos supuestos la valoración se realiza dentro del delito por el que se pune, y, por tanto, la imposición de la pena se ajusta a los artículos 14 y 22 C., que sujetan la aplicación y cuantificación proporcional de aquélla, a la gravedad concreta del delito cometido (pero no a aspectos ajenos al mismo).

#### D. MAYOR O MENOR VENCIBILIDAD DE UN ERROR DE PROHIBICIÓN

Las peculiares del sentenciado también podrán tener relevancia para graduar su culpabilidad en los casos de ignorancia o error vencibles de prohibición, a efecto de apreciar qué tanto esfuerzo le requirieron las circunstancias que concurrieron al hecho delictuoso y aquellas en que se encontraba el sentenciado, para –más o menos– imaginarse –él (según su peculiares) y no otros– la punibilidad de su obrar.

#### D. APROVECHAMIENTO DE LAS CONDICIONES PERSONALES PARA EFECTUAR EL INJUSTO

1. Ahora bien, en el campo de la graduación de la culpabilidad entra el valerse de las condiciones personales para efectuar el injusto, como sucede cuando el sentenciado se aprovecha de alguna relación o vínculo de servicio, familiar, sentimental, de afecto, de confianza, de custodia, laboral, formativo, educativo, de cuidado o religioso, con la víctima u ofendido, o cuando sin que tenga algún lazo con ellos, abusa de la posición que le brinda su condición personal frente a la misma víctima u ofendido, siendo que, en todos esos casos, precisamente le era más exigible ajustarse a la norma en virtud de sus vínculos ya referidos.

578 Idem, p. 1072.

579 Idem.

2. El aprovechamiento de las condiciones personales en la realización del delito puede concretarse de muchas formas, como por ejemplo, cuando un taxista se vale del servicio que presta al usuario, para asaltarlo; cuando un postgraduado en finanzas emplea sus conocimientos académicos para diseñar planes fraudulentos de inversión, con los que atrae inversionistas de buena fe, a quienes embauca; o cuando el empleado de confianza, proporciona a extraños el sistema de seguridad del banco donde trabaja, lo cual permite a los autores sortearlo y apoderarse de los valores que se hallan en la caja bancaria.

De ese modo, para individualizar la pena podrán apreciarse condiciones del responsable en su perjuicio, que hayan provenido del desarrollo de su personalidad, cuando él se haya servido de ellas para cometer el delito, dado que en tales casos ya no se estará ante el disfrute de derechos o de libertades, sino de su abuso que ningún derecho constituye al afectar bienes jurídicos de otros. También sucede así, por ejemplo, cuando alguien emplea su dinero (obtenido lícitamente), para pagar al sicario encargado de matar a otro. O cuando un individuo se sirve de su educación, profesión, oficio o empleo, lícitos, para cometer un delito o auxiliar a perpetrarlo.

O incluso, cuando una persona adulta –y, por tanto, mayor de “edad”– domina a un niño para cometer un delito, más aún, cuando el menor tenga vínculos de confianza, agradecimiento, dependencia o de parentesco con la persona adulta, o bien ésta lesiona dolosamente a un infante, o un adulto joven golpea reiteradamente a un anciano.

2. Igual cabrá estimar más grave la culpabilidad del sentenciado en el hecho, si aquél se aprovechó de su posición de garante para perpetrar el delito, no obstante que de su calidad se derivaban deberes de salvaguarda de los bienes jurídicos afectados, o de las personas a las que debía asistencia.

Y aunque en tales supuestos ya no se tratará del abuso de derechos o de libertades, sino del desacato de deberes, de todos modos, el mismo se origina porque el sentenciado incumplió con sus obligaciones de protección derivadas de su “calidad personal”, o porque abusó de esta frente a la víctima por la superioridad que le brindaba su posición, o bien porque inobservó el deber de cuidado que por su especial calidad estaba obligado brindarle.<sup>580</sup>

Así sucede cuando el velador facilita a los ladrones entrar a robar a la casa cuyos bienes tiene bajo su guarda, precisamente para evitar que sean robados. O cuando un individuo hace objeto de abuso sexual a la hija de su amasia, con quienes convive; o un grupo de soldados en activo y armados, obligan a desnudarse a mujeres en un prostíbulo y a tolerar intromisiones en sus cuerpos al grado de imponerles la cópula sin su consentimiento. O cuando el asistente del parapléjico le infiere dolosamente lesiones, o éste muere por un síncope porque aquél lo deja sin la atención adecuada y posible que evitaría el percance, o bien la enfermera que lo asiste lo desatiende, para acceder a un legado a su favor hecho por el discapacitado, si éste muere en virtud del abandono.

En las situaciones antes ejemplificadas es donde adquiere todo su sentido la expresión legal referente a “las circunstancias del activo y pasivo...durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, incluidos en su caso, los datos de violencia, la relación de confianza, de desigualdad o de abuso de poder entre el agresor y la víctima vinculada directamente con el hecho delictivo”, a efecto de valorar las mismas para cuantificar la pena de prisión.

3. Los “vínculos del sentenciado con la víctima”, de ordinario se enlazan con las “calidades” de ambos, para ponderar el grado de culpabilidad del primero en el hecho delictuoso. Zaffaroni –en relación con la legislación penal argentina– observa:

“Los vínculos personales a que hace referencia la ley, son en principio, los que unen al autor con el sujeto pasivo, y que pueden hacer más [o menos] exigible la conducta conforme a derecho, como en el supuesto de que se deba especial agradecimiento, o razones de parentesco o de especial confianza, lo que está unido a la calidad de las personas, y eventualmente determina una mayor [o menor] exigibilidad de la conducta jurídica. No se trata aquí de la calidad especialmente consignada en los tipos, que denota un mayor contenido del injusto, sino de la calidad que da lugar a una mayor [o menor] exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas”.<sup>581</sup>

#### E. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN U OMISIÓN, EL MODO Y LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA EJECUTARLA

1. Todo ello lleva a otros factores, distintos a las peculiares, calidades, condiciones o circunstancias del sentenciado, y los cuales también deben tomarse en cuenta para graduar la gravedad concreta del injusto (“ilícito” en palabras de la ley) realizado, y cuantificar la pena que se le aplique, de manera proporcionada al marco legal punible, tales como “...la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla...”, “...el modo (de la misma)...”, y “... la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito...”, conforme se establece en la ley penal para aquel efecto.

2. En las referencias legales a “...la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla...”, y “...el modo (en que se efectuó)...”, a efecto de graduar el injusto culpable de que se trate, es donde quizá quepa encontrar –como señala Besio

580 En igual sentido se pronuncia, entre muchos otros, Magariños M., “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en A.A.V.V., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

581 Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al, op. cit., nota 2, p. 1065.

Hernández respecto a la legislación penal española— el mayor número de “...hipótesis en que, dentro de un contexto de vulnerabilidad de la víctima o de modos especialmente lesivos de ejecución delictiva, aquella puede ser mayor o menor, como también puede ser mayor o menor el desvalor de injusto, y por ello mayor o menor la cuantía de pena”.<sup>582</sup> Así Besio puntualiza:

“...cuando el autor utilice formas o medios de comisión especialmente lesivos o peligrosos, o el sujeto pasivo del delito se encuentre —a consecuencia de ellos o no— en una situación de especial desprotección frente al ataque del sujeto activo”.<sup>583</sup>

Y más adelante, Besio explica:

“Así, por ejemplo, por regla general será mayor el estado de indefensión de la víctima si una agresión se materializa por medio de cuatro individuos que si son dos los agresores; o será mayor si es sólo uno, pero a través de la utilización de un arma peligrosa, que, si son dos, pero desarmados.”<sup>584</sup>

3. De igual forma cabe agregar, que mientras mayor sea la vulnerabilidad de la víctima, mayor será el abuso de poder por parte de quien la ataca, abuso que —a su vez— puede o no estar vinculado con cierta calidad del sentenciado. Y mientras más esté desprotegido el bien, mayor será la gravedad de la conducta injusta.

En tal aspecto y en relación con la legislación penal argentina, Zaffaroni señala:

“...el contenido del injusto aumenta en razón directa de la desprotección del bien jurídico no imputable a su titular, sea por la naturaleza del bien o por circunstancias accidentales o infortunios de éste: cuanto mayor sea la indefensión del bien, mayor es el injusto, y viceversa, aunque no se trate de ganado ni de automotores. Algo análogo puede decirse respecto de la posición de la víctima: cuanto más vulnerable a la victimización sea ésta, mayor será el injusto y viceversa, aunque no se trate de alevosía, del infortunio particular en el hurto, ni del incapaz en la circunvencción”.<sup>585</sup>

#### G. DESVALORACIÓN “ABSTRACTA” Y DESVALORACIÓN “CONCRETA” DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

1. Las alusiones en la ley penal, a “...la naturaleza de la acción u omisión...”, misma “naturaleza” que ha de entenderse —según el Diccionario— como las “características de la conducta” en el caso de que se trate, “...los medios empleados para ejecutarla...” y “...el modo (de efectuarla)...” para graduar el injusto culpable, permite valorar la particularidades de la conducta realizada o la manera concreta en que el sentenciado aterrizó los elementos del tipo penal de que se trate, con inclusión de sus modalidades agravantes o atenuantes, en la medida que dichos elementos admitan graduación, y siempre y cuando la valoración no se reduzca a una recalificación de los mismos.

2. En tal sentido, no es ocioso precisar que al atender a “...la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla...” y al “...modo (de realizarla)...” para graduar el injusto culpable, no se tratará de desvalorar en abstracto la concreción de uno o más de los elementos del tipo penal de que se trate, con inclusión de sus modalidades, como por ejemplo, que el sentenciado “lesionó el patrimonio ajeno” o que robó “en casa habitada”, o que “privó de la vida a otro” o “empleó crueldad en su contra”.

En tanto que proceder de esa manera significará recalificar esos elementos típicos, en desatención al principio no bis in idem derivado del artículo 23 C., toda vez que ellos ya fueron considerados por el legislador para establecer el marco legal de punibilidad a los delitos aludidos, sino lo que importará, será apreciar la mayor o menor gravedad concreta de la conducta realizada, según su “naturaleza”..., es decir, conforme a “sus características” que sean relevantes, los “medios empleados...” y “el modo...” en que el sentenciado la aterrizó en el caso específico, a efecto de graduar el injusto culpable de que se trate e individualizar la pena.

3. Lo cual —como se dijo— también es aplicable a los elementos que en la ley se contemplan como modalidades agravantes o atenuantes del tipo penal de que se trate, en la medida que los mismos admitan graduación; y en la misma ley no se particularicen de tal manera, que su graduación ya no sea posible; como sucede, por ejemplo, con el robo “mediante ganzúa”. Más si ese no es el caso, en cualquier modalidad agravante o atenuante y en cualquier otro elemento típico que sean susceptibles de graduación, se tratará de atender a la “naturaleza”, los “medios empleados”, o el “modo” en que la conducta del sentenciado aterrizó aquellos elementos.

Como bien puntualiza Zaffaroni:

582 Besio Hernández, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, Universidad de Barcelona, Tirant lo Blanch, 2011, p. 366.

583 Idem, p. 357.

584 Ibidem, p. 367.

585 Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al., op. cit., nota 2, p. 1065.

“...no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad. Como es lógico, la prohibición de doble desvaloración no se afecta cuando no se trata de una nueva desvaloración, sino de la particularización o perfeccionamiento del grado de una única desvaloración”.<sup>586</sup>

4. Así pues, el problema puede solventarse atendiendo a la manera en que el sentenciado perpetró su conducta, incluyendo a los medios específicos que empleó, y, por tanto, sin considerarlos estereotípicamente para graduar su culpabilidad en el injusto, más aún, cuando el tipo penal no describa algún medio, o describiéndolo no lo particularice.

Por ejemplo, la gravedad de la acción de matar a otro de un golpe, sin que el agente tenga alguna destreza especial al efecto, será menor que la que representa matarlo aprovechándose de esa habilidad o disparándole con una pistola. Como también la gravedad de herir a otro una vez, será distinta que la de herirlo muchas veces en el curso de la acción. Y la de enfrentar al contrincante con los puños, que la de afrontarlo con un cuchillo estando el otro desarmado. O la de quien al tumbar al adversario cesa de golpearlo, de la de quien le sigue pegando ya caído.

5. De igual forma será menos grave amedrentar verbalmente a otro para robarlo, que intimidarlo con un arma de fuego, y aún ésta amenaza será menos grave, que cuando al pasivo se le hiere para apoderarse de sus pertenencias. Como también será diferente la gravedad de entrar a la vivienda habitada a robar sin causar daños a la misma, que ocasionarlos –en mayor o menor cuantía– para ingresar a ella. Como también será menos grave quebrar un vidrio de la casa para robar lo que hay dentro, que usar un explosivo para apoderarse del contenido de la caja bancaria; o la de introducirse a la vivienda forzando una aldaba simple, que emplear aparatos sofisticados para traspasar las medidas de seguridad.

Y tendrá menos desvalor el robo con intimidación de quien enseguida huye, que la de quien en el robo lesiona al sujeto pasivo para facilitar su huida; como será menos grave dar un golpe a otro para robarlo, que lesionarlo gravemente para el mismo fin.

#### H. LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO, RELACIONADO CON EL MODO Y LA OCASIÓN

1. El mismo “lugar” de comisión del delito, relacionado con el “modo” y la “ocasión” (también aludida en la ley penal), pueden ser relevantes para graduar la culpabilidad. Así, a veces se argumenta que si el sentenciado cometió un robo en una zona poblada, luego, era posible que fuera visto, lo que agravaría la exigibilidad de su conducta; empero, la mera “posibilidad” será insuficiente, en tanto lo requerido serán las circunstancias de las que se infiera que advirtió la cercanía de una o más personas ajenas al robo, de tal modo que aquéllas volvieran inevitable que lo vieran cometerlo, pues de lo contrario, el motivo material para que se inhibiera continuará meciéndose en la ilegitimidad de su genérica indeterminación.

2. Más también será distinta la gravedad de la conducta de quien lesiona a golpes a un asistente en una fiesta, de la de quien a cierta distancia dispara una vez contra un enemigo en dicho lugar, al aprovechar la ocasión de verlo ahí, ya no solo por el medio que uno y otro emplean, sino por el peligro para terceros que representa el disparo en ese lugar. Y, aun así, será todavía más grave la conducta en aquel sitio, de uno o más individuos que para matar a alguien desde lejos, le disparan muchas veces, sin importarles las personas que inadvertidamente se interponen entre ellos, aun cuando éstas no resulten heridas.

#### I. CIRCUNSTANCIAS QUE MEDIARON PARA INTERVENIR DE LA FORMA TÍPICA DE QUE SE TRATE

1. Respecto a las formas típicas de intervención, la ley establece que, para individualizar la pena, el juez podrá atender “...a su grado...” y a “...las circunstancias que mediaron para intervenir de la forma que se trate”. Y si de lo que se trata es evitar recalificar la forma típica de intervención, también habrá que valorar el modo en que aquélla se desplegó frente a la de los otros copartícipes, es decir, a efecto de apreciarla según su influjo en la realización del delito. Sin que quepa evaluar ese factor legal respecto de un autor único, en tanto que frente a este no existe comparación posible de un mayor o menor predominio de su conducta en la realización del delito, ante las de otros que hubieran intervenido típicamente en el mismo.

2. En ese contexto, tendrá más peso de desvalor la conducta de quien determina a otro para que lo ayude a cometer el delito, que el auxilio periférico que éste brinde; como tendrá menos desvalor la conducta de quien se concreta a cuidar de dar aviso si alguien se acerca, que la de quien detiene a la víctima mientras otro la hiere, o le proporciona al autor el cuchillo para que la lesione. En la misma coautoría, no será igual la gravedad de la conducta de quien toma una de las cosas ajenas y hiere a la víctima, que la del coautor que sólo se concreta a apoderarse de otra, pero no hiere a nadie.

En la perspectiva apuntada, Zaffaroni ejemplifica que respecto al partícipe –latu sensu–, cabrá examinar “si fue planificador, si inició el proyecto criminal o se plegó posteriormente, si cumplió todo su cometido conforme a la planificación concreta, toda vez que se trata de una concretización del grado de participación mucho más precisa que la exigida para la definición del papel de autor y partícipe”.<sup>587</sup> Y añade: “no es igual el contenido injusto del comportamiento de quien propone a otro el plan, aporta todos los datos necesarios e incluso lo decide a compartir la tarea, que la del que simplemente acepta compartirla”.<sup>588</sup>

586 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., nota 2, p. 1059.

587 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., op. cit., nota 2, p. 1063.

588 Idem.

3. De igual manera, será claro que el desvalor de la conducta del joven hijo (condición familiar) que, instigado vehementemente por su padre, mata de un disparo a un policía para evitar que desenfunde su arma, será menor al desvalor de la conducta de su padre (condición familiar) que lo hostiga –y determina– a ese homicidio, cuando éste de pronto empezó a herir gravemente a un tercero que acompaña al policía que es privado de su vida por las ordenes apremiantes de aquél, dirigidas a su hijo.

#### J. FORMAS DE HECHO EN QUE SE MANIFIESTA EL DOLO O LA CULPA

1. Por otra parte, es dudoso que el dolo en sí admita graduación, pues él existe cuando al realizar la conducta hay conocimiento y voluntad de concretar los elementos objetivos del tipo penal de que se trate, lo que no sucede con la culpa y con los errores de tipo en los delitos que admiten la culpa, que por lo general son graduables.

2. Más de lo que sí hay certeza, es que no será legítimo evaluar como más grave una conducta sólo porque fue dolosa, porque tal estimación involucraría recalificar un elemento del tipo, con violación del principio non bis in idem del artículo 23 Constitucional. Como tampoco será legítimo dar más peso de desvalor a la conducta porque fue dolosa y no culposa, ya que esa diferencia también fue tomada en cuenta por el legislador para adscribir distinta punibilidad legal al delito doloso de que se trate, de la que asignó al delito culposo.

3. Ahora bien, aunque de la ley se deduce el dolo directo y el eventual, y la culpa consciente e inconsciente, lo cierto es que las diversas circunstancias en que dichas formas pueden manifestarse impiden considerarlas por sí mismas como más o menos graves, pues ello dependerá de cada caso. Por ejemplo, cabrá desvalorar como relevante, la persistencia de un dolo directo o de una culpa consciente, como sucede con ciertos dolos anticipados que se manifiestan desde la planificación del delito y de los obstáculos que se vencen para realizar la acción típica, a diferencia de las acciones de dolo directo que surjan de súbito, motivadas por las circunstancias del momento. Como también será distinta la graduación culposa de quien causa daños con su auto, luego de que durante toda la tarde bebió vino, sabiendo que conduciría, de la de quien los origina porque se distrae por un instante cuando conduce.

Y del mismo modo la evaluación de un dolo simple será desigual a la de un dolo plural, alternativo o mixto con culpa, como cuando en tiempo de veda el agente se representa que el objeto de su acción puede ser el animal protegido que quiere cazar –dolo directo– o una persona, y aceptando esta última posibilidad –dolo eventual–, o descartándola –culpa consciente–, de todas maneras, dispara.

4. Además, no necesariamente será más grave la conducta realizada con dolo directo que con dolo eventual, o bien la efectuada con culpa consciente que la llevada a cabo con culpa inconsciente, pues –como se dijo– ello dependerá de las circunstancias y –en su caso– de los motivos por los que la conducta se desplegó en cada evento.

Por ejemplo, será menos grave la conducta de la sirvienta que gana poco más del mínimo y toma el dinero ajeno que se halla al alcance de su mano, para llevarlo a su familia (dolo directo), que la de quien acepta la posibilidad de atropellar y lesiona desatendiendo un alto en un cruce concurrido por peatones, para ganar una carrera (dolo eventual). Y será más grave la conducta de quien causa daños con su carro al no ver la luz roja del semáforo por estar voluntariamente alcoholizado (culpa inconsciente), que la de quien los causa enseguida de decidir pasarse un alto por el apremio de salir de una zona relativamente solitaria y muy peligrosa por las bandas que la asolan, que transita de noche (culpa consciente).

Incluso la gravedad de la misma culpa inconsciente puede ser distinta según las circunstancias que concurrieron al hecho y la motivación del agente. Pues es claro que será más grave el descuido por un motivo baladí, como el citado en el párrafo precedente; que la distracción que se origina, porque el menor que viaja en el asiento trasero se desabrocha el cinturón de seguridad, o bien porque el descuido es originado por el cansancio o sueño que asaltan al conductor cuando regresa a su casa, enseguida de completar una jornada laboral nocturna.

Como no es la misma vencibilidad del error de tipo (que se trata como delito culposo), la de quien empuja al provocador, motivando que éste trastabillo, caiga y se fracture el cráneo, que la de quien dispara contra el perro de Juan, pero que hiere a éste, quien se halla cerca del can.

#### K. GRADOS DE APROXIMACIÓN DEL PELIGRO Y GRAVEDAD CONCRETA DE RESULTADOS

1. También es preciso atender al “grado de afectación”, como se le llama en el aún vigente CPC para individualizar la pena, y que, en conjunción con la graduación de la conducta culpable en el injusto, conforman el grado de punibilidad, como también se le denomina en el referido código.

Así, en la tentativa punible podrá existir mayor o menor magnitud del peligro ocasionado al bien jurídico, que impacte a la gravedad del injusto, o bien, según se trate de tentativa inacabada o acabada: pues no es la misma dimensión del peligro de perder la disponibilidad de la cosa mueble en virtud de un robo en grado de tentativa, en cuya ejecución el agente se enfrenta a mecanismos de protección bien dispuestos, que la del peligro de perderla, cuando la cosa desprotegida está al alcance de quien estira la mano para apoderarse de ella.



2. Como tampoco la es, cuando alguien es sorprendido con cocaína que pretende ingresar al reclusorio, cuando se le revisa en la entrada del mismo, que el peligro de su acción cuando está a punto de entregar la droga a su destinatario ya dentro del reclusorio; o el que aparece cuando alguien se apresta a sacar su arma de fuego para matar a otro, que cuando dispara contra él y lo hiere gravemente, pero cuya vida se salva por la oportuna intervención médica.

3. El mayor o menor desvalor del peligro originado según su aproximación a la lesión del bien protegido, también es posible en delitos de simple conducta peligrosa, como cuando se haya prendido fuego a un bosque en un lugar cercano a casas habitadas pero que se sofocó antes de que tomara más fuerza, o bien se logró apagar el mismo hasta cuando estaba a punto de alcanzar las primeras viviendas; al igual que el peligro será menor cuando se conduce un coche en estado de ebriedad en una vía pública apenas concurrida, de cuando en aquel estado se maneja el carro en una vía con aforo considerable de automovilistas y transeúntes.

En suma, cuando se trate de tentativa punible o de delitos de simple conducta peligrosa, cabrá graduar la mayor o menor aproximación concreta del peligro a la lesión del bien jurídico de que se trate, o bien el mayor o menor peligro para bienes de terceros que involucre el tipo penal de que se trate, pero que se manifieste de una manera concreta según las circunstancias que concurrieron al delito cometido.

4. Asimismo, los artículos 52-I del CPF y 72-II del CPDF disponen apreciar “la magnitud del daño causado al bien jurídico”, y la Iniciativa: “la mayor o menor lesión o daño concretos ocasionados, y según la situación personal, familiar, educativa, laboral y/o patrimonial de la víctima directa”.

5. En tal contexto, para evitar la recalificación, la valoración no podrá apoyarse en la naturaleza abstracta de la afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, ni en la mera calidad del bien jurídico, como tampoco en las distintas entidades abstractas de afectación que la ley tome como referencia para fijar diferentes marcos de punibilidad al delito de que se trate.

Mas el juzgador si podrá evaluar la mayor o menor afectación concreta ocasionada, dentro de las diversas entidades de daño o de lesión que la ley tome como referencia abstracta para fijar distintos marcos de punibilidad al delito de que se trata.

6. Así, en los delitos dolosos de lesión, en los que ésta sea graduable (porque en el homicidio no lo es), cabrá ponderar la mayor o menor gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, que eventualmente podrá atemperarse o agravarse según la situación de la víctima.

En el primer aspecto, aunque la ley considera como robo de mayor cuantía aquel que exceda de quinientos salarios mínimos, de todos modos, en principio será menos grave un robo cuyo monto equivalga a seiscientos salarios mínimos, que el robo cuya cuantía ascienda a diez mil de esos salarios. Y en el segundo, el robo de mil pesos a quien los tiene para subsistir indicará una graduación más grave para esa víctima, que el robo de dicha cantidad a quien tiene varios millones de sobra en el banco.

Tampoco tendrá igual gravedad un secuestro en el que se prive de su libertad a la víctima por cinco días, de aquel en el que a la víctima se le tenga secuestrada por cinco semanas, o bien, de cuando a aquélla se le mantenga en la referida condición durante cinco meses. Y en el orden federal, será menos grave la posesión de medio kilo de marihuana, que la de media tonelada de cocaína.

7. De esa manera, una cosa será que la conducta cause un “daño a la salud” de la víctima que le origine una “disfunción parcial permanente de un órgano”, por ejemplo, el “de masticación”, consideraciones que serán inválidas para individualizar la pena porque recalificarán elementos abstractos de dicho tipo penal, y otra cosa será que, en virtud de aquella acción, la víctima pierda una, o bien varias muelas de su dentadura completa.

Como también el desvalor de perder dos muelas de la dentadura tendrá un peso menor, que la pérdida de toda la mitad izquierda de la dentadura del sujeto pasivo. Como no será el mismo desvalor del resultado, cuando la víctima pierda un dedo de su mano, de cuando pierda toda la mano. Y no será igual de severa la deformidad de quien a consecuencia de la lesión pierde una oreja que no es recuperada, que la de quien sufre la ablación dolosa de su nariz completa y de toda su mejilla izquierda –cuya piel es destruida– con exposición de su encía y dentadura de ese lado.

8. La graduación del injusto para cuantificar la pena según el grado de afectación, porque “...la magnitud del daño causado fue considerable en atención al monto de lo robado...”, se razona en la ejecutoria que gobierna a la tesis de jurisprudencia de rubro siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS QUE EL JUZGADOR VALORE NUEVAMENTE LAS CIRCUNSTANCIAS EXTERIORES DE EJECUCIÓN DEL DELITO Y LAS PECULIARES DEL SENTENCIADO AL MOMENTO DE IMPONER LAS SANCIONES”.<sup>589</sup>

589 Tesis de jurisprudencia I.10o.P.J/13, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 2905. Nota: Para más claridad, véase la ejecutoria que la gobierna.

9. Además, en la valoración de la gravedad de los daños imputables a la conducta injusta, el juzgador deberá excluir los que sean inadecuados a ella, y sólo atender a las secuelas de la acción típica, en la medida que ésta haya sido idónea en sí para ocasionarlas respecto al hecho.

En tal sentido, deben dejarse de lado los baremos que la ley establezca para determinar el monto de la reparación del daño, como son la cuantía de la indemnización o clase de la misma, o el costo de los honorarios de los asesores jurídicos de la víctima (donde el monto a reparar está limitado por la ley), o el de los peritos que la examinaron, o el monto de los intereses punitivos, porque no se trata de individualizar aquella pena, sino la de prisión según la gravedad concreta del hecho delictuoso, sin involucrar aspectos que no caigan dentro de la afectación específica al bien jurídico protegido en el tipo, en virtud del delito cometido, ni a secuelas que sean inadecuadas a la conducta típica, o las mismas sean ajenas al resultado típico concreto.

#### L. GRADUACIÓN DEL DAÑO MORAL IMPLICADO EN EL TIPO PENAL, O DERIVADO DE SU CONCRECIÓN

Con independencia de la reparación del daño a que haya lugar en favor de la víctima, el juez o tribunal sólo valorará el mayor o menor daño moral ocasionado a la víctima en virtud del injusto cometido.

Sin embargo, cuando se trate de secuestro, extorsión, violencia familiar o de otro delito en el que la conducta lesiva de la persona sentenciada se haya reflejado en otras personas vinculadas estrechamente con la víctima, además de valorar el daño moral causado a ésta, se valorará el originado a aquéllas.

Cuando se trate de homicidio, o bien de violación propia o impropia, agravada o no, y de violación equiparada agravada o no, en contra de personas que tengan menos de doce años de edad, así como de violencia familiar, sí procederá evaluar la mayor o menor gravedad del daño moral originado a los familiares consanguíneos descendientes o ascendientes, cónyuge, compañera o compañero civil, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, y adoptante o adoptado, que hayan padecido indirectamente la violencia.

### APARTADO DÉCIMO CUARTO

#### INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN UN DELITO CULPOSO

Para individualizar la pena a la persona sentenciada conforme a la gravedad del injusto culposo que realizó y el grado de su culpabilidad en el mismo, se propone que el juez o tribunal atiendan a los factores siguientes, según sean relevantes.

#### SECCIÓN PRIMERA

##### GRAVEDAD DEL INJUSTO CULPOSO

1. Las posibilidades concretas que tuvo el sentenciado para proveer lo adecuado, según ellas se hayan reducido por su propio descuido o impericia, o, por el contrario, la reducción de la posibilidad de provisión no haya sido imputable a aquellas circunstancias o confluyeron otras en la imputación, que sin excluirla la atenuaron.
2. Cuando la conducta no esté regulada, el juez o tribunal evaluará el grado de desapego a las máximas de la experiencia y a los estándares, procedimientos o protocolos generalmente aceptados en la ciencia, técnica o actividad de que se trate, y que según las circunstancias que concurren al caso concreto, eran los adecuados para proveer en lo posible a la salvaguarda del bien jurídico lesionado.
3. Cuando varios profesionistas, especialistas o personas encargadas de la protección del bien, obren en equipo, en interconexión o con repartición de tareas, se estará a las provisiones y procedimientos adecuados al caso concreto, que cada uno pudo y debió tomar o realizar, para evitar el resultado o reducir en lo posible el peligro de su producción a límites de riesgo permitidos, y en qué medida la violación al deber de cuidado en que incurrió la persona sentenciada, contribuyó a la producción del resultado o a su no evitación.
4. El grado de la violación al deber de cuidado, según la posición directa o indirecta, inmediata o mediata, que en el caso concreto tuvo la persona sentenciada para proveer a la protección del bien jurídico lesionado.
5. La mayor o menor dimensión de la violación del deber de cuidado, cuando éste se rija por baremos medibles o cuantificables establecidos en disposiciones jurídicas.
6. La mayor o menor prolongación de la conducta violatoria del deber de cuidado en virtud de la cual se produjo el resultado o no se evitó el mismo; o si la distracción o descuido fueron momentáneos.

7. En su caso, el número de infracciones cometidas cuya violación dio pie al resultado. Y El estado del equipo o sus condiciones de funcionamiento, tratándose del manejo de instrumentos, maquinaria o vehículos.

8. La mayor o menor gravedad concreta del daño o afectación causados y su trascendencia, según las condiciones de la víctima.

9. A efecto de evitar una recalificación, la ponderación de la lesión o daño no podrá apoyarse en la naturaleza abstracta de la afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate, ni en el mero valor abstracto de ese bien jurídico.

## SECCIÓN SEGUNDA

### GRADO DE CULPABILIDAD EN UN INJUSTO CULPOSO.

1. La mayor o menor facilidad que tuvo de conocer las circunstancias o la situación de peligro, que originaban su deber de cuidado, lo que podrá atemperarse, según haya concurrido otra u otras circunstancias que le hicieran más o menos fácil ajustarse al cuidado debido.

2. El conocimiento común o especializado que se requería en la realización de la actividad que motivó el resultado, en relación con la mayor o menor dificultad o complejidad para proveer al cuidado debido, o para realizar las maniobras adecuadas al mismo, según las circunstancias concurrentes al hecho.

3. Cuando varias personas hayan obrado en equipo, en interconexión o con repartición de tareas para la salvaguarda del bien que resultó lesionado, la mayor o menor exigibilidad del cuidado debido, según la calidad que tenía la persona sentenciada en el equipo o grupo, y su posición, inmediata o mediata de custodia, frente a la protección del bien jurídico.

4. El mayor o menor tiempo de que dispuso la persona sentenciada a partir de su violación al deber de cuidado, para proveer o desplegar el cuidado debido a efecto de no producir o evitar el daño ocasionado, y la mayor o menor posibilidad concreta de proveer y evitar el daño que resultó, según las circunstancias que concurrieron al hecho.

5. Los móviles de la conducta culposa y las circunstancias que mediaron en ella, con inclusión de cuando la persona sentenciada incurrió en alguna acción u omisión por fatiga proveniente de trabajo, o bien si actuó por alguna urgencia, complicación o apremio razonable, y otras condiciones fisiológicas o psicológicas específicas en que se encontraba la persona sentenciada en el momento de la realización del injusto.

6. Las circunstancias no imputables a la persona sentenciada, con inclusión de la conducta de una o más personas, que hayan complicado la realización de las maniobras adecuadas a la evitación del resultado, o para realizar las indicadas a la disminución del peligro a límites de riesgo permitidos.

## APARTADO DÉCIMO QUINTO

### REGLAS COMPLEMENTARIAS

#### A. GRADO DE PUNIBILIDAD Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. La apreciación en conjunto de la gravedad del injusto y del grado de culpabilidad, determinará el grado de punibilidad. Conforme al cual el juez o tribunal impondrá en congruencia la pena de prisión que corresponda para el delito de que se trate, dentro del marco de punibilidad legal asignado al mismo.

2. El número de factores a favor o en contra que haya concurrido en la gravedad del injusto y en el grado de culpabilidad, no determinará el grado de punibilidad, sino el peso valorativo, ponderado racionalmente, de los factores concretados.

3. Tanto si se trata de un delito doloso o de uno culposo, si según el grado de punibilidad al que arribe el juez o tribunal, en la pena de prisión a imponer existe un remanente de días, aquél restará éstos e impondrá la pena de prisión por años y/o meses cerrados. Cada mes equivaldrá a treinta días.

#### B. ATENUACIÓN DEL GRADO DE PUNIBILIDAD

El grado de punibilidad se atenuará por el juez o tribunal en un delito doloso o culposo, cuando:

1. La persona sentenciada ayudó al esclarecimiento del delito. Más si la ayuda consistió en la confesión de la persona imputada, se procederá conforme al artículo 95 de este código, salvo en los casos que dicho artículo prevé. La confesión no será causa de atenuación del grado de punibilidad, cuando la ley la prevea como motivo de reducción del marco de punibilidad del delito de que se trate, o cuando se trate de procedimiento abreviado.

2. La persona sentenciada se ocupó de disminuir los efectos del delito, o pagó parte del monto del daño que sea considerable según las posibilidades económicas de aquélla, o realmente intentó dar satisfacción a la víctima u ofendidos.

3. La persona sentenciada, con anterioridad al delito, cumplió con su deber ciudadano de sufragio activo y, en su caso, con sus deberes de alimentos para con su cónyuge, descendientes y ascendientes consanguíneos en primer grado.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que la persona sentenciada cumplió con su deber de sufragio activo si presenta su credencial de elector, y que cumplió con sus deberes de alimentos, si aparece que las personas referidas en el párrafo anterior dependían económicamente del imputado. Para la atenuación no se exigirá el requisito de cumplimiento de alimentos, cuando el imputado no tenga cónyuge, padres o hijos a los que debería ministrárselos.

Cuando la persona sentenciada tenga sesenta y cinco años de edad o más, al dictarse la sentencia.

4. No procederá reducción de pena por confesión, reparación del daño o perdón, cuando se trate de cualquiera de los delitos clasificados como graves en el artículo 89-B de la Iniciativa que se propone, salvo en los casos que prevea la ley. Ello no obstará para que en esos casos el juez o tribunal atienda a la confesión, reparación del daño o perdón como circunstancias atenuantes del grado de punibilidad, en una quinta parte del mismo.

### C. ATENUACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA

Si la persona sentenciada confesó el delito durante la investigación, o antes de que se iniciara el juicio, ello compensará parte de su culpabilidad, por lo que se reducirá en una cuarta parte la pena de prisión que se le imponga. Si confiesa después, pero antes de sentencia de condena ejecutoria, la reducción de la pena que se le imponga será en una quinta parte. No aplicarán los supuestos previstos en este párrafo, cuando la confesión se prevea en la ley para algún delito en particular, como causa que reduzca su marco de punibilidad, como tampoco cuando en la misma ley se prevea una reducción de pena con motivo de procedimiento abreviado.

Si antes de sentencia ejecutoria, la víctima u ofendido, o su representante legítimo si es el caso, mediante comparecencia personal formulan perdón o se dan por reparados del daño; o bien se repara el daño, si es que se causó; o si no hubiera víctimas determinables, ni aparece daño causado o no sea posible determinarlo, el imputado paga el importe equivalente a las dos terceras partes de la multa señalada en la ley para el delito de que se trate, mismo que se aplicará al Fondo para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, y si no se trata de un delito de los clasificados como graves en el artículo 89-B-II de la Iniciativa que se propone, cualquiera de aquellas circunstancias compensará parte de la gravedad del injusto disminuyendo la necesidad de pena, por lo que se reducirá en una cuarta parte la pena de prisión que se le imponga.

## APARTADO DÉCIMO SEXTO

### UNAS ÚLTIMAS PALABRAS SOBRE LA PENA DE PRISIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Una vez que se fije la pena de prisión, habrá que tener en cuenta que la reinserción social es un mandato constitucional que obliga al Estado a organizar el sistema penitenciario de modo que haga posible volver a insertar al sentenciado a la sociedad. Por ello, tal reinserción no es una opción prescindible de los fines del sistema penitenciario, sino que es un deber-fin ineludible que impone al Estado el artículo 18 C., para que con base en principios fundamentales fije reglas relativas a la ejecución de la pena de prisión según aquel fin.

2. En tal contexto, si la pena se limita por la graduación del injusto culpable, además, el principio de proporcionalidad comporta los paradigmas de “necesidad” de pena y de “adecuación” a su fin: por ende, la de prisión debe ajustarse para cumplir una reinserción social (responsable) del sentenciado, que el art. 18 C. le asigna imperativamente al sistema penitenciario. De ahí que en tal sistema “...deben observarse los beneficios que prevea la ley...”, lo cual conlleva la exigencia de instituciones penológicas que miren al fin de reinserción social. Y estas garantías, junto con la de procurar compensación a la víctima,<sup>590</sup> son las que en delitos no graves legitiman la conversión de la pena de prisión desde que ella se imponga, por los substitutivos penales, vigentes en México desde 1983.<sup>591</sup>

---

590 En relación con el tema, Joachim Schneider dice que “...el tratamiento penitenciario centrado en el autor pierde cada vez más el apoyo de la opinión pública”. Y prosigue: “...el sistema jurídico criminal tiene que orientarse, más bien, hacia un concepto de recompensación, que significaría una extensión del concepto de tratamiento centrado en el autor hacia la víctima del delito y la sociedad. Hay que concebir la recompensación como un proceso de interacción (de acción recíproca) entre el autor, la víctima y la sociedad, que cura el conflicto criminal y restablece la paz entre los implicados”. Véase a Joachim Schneider, Hans, “Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”, en *Criminalia*, año LIX, no. 2, mayo-agosto 1993, p. 50.

591 Véase al respecto, por todos, a uno de los principales adalides en México de los substitutivos penales, García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los substitutivos de la prisión”, donde hace un excelente y completo estudio del desenvolvimiento de esas medidas alternas hasta 1995, (“Cuadernos para la reforma de la Justicia 2”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edición y

3. De ello se sigue que podrá ser lícito prescindir de la pena de prisión adecuada a la gravedad del injusto culpable. Pues si bien es cierto que tal proceder está prohibido para una tesis retributiva consecuente: pues significa renunciar parcialmente al castigo penal. También lo es, que esa visión de sumar un mal a otro (donde sólo se obtiene uno redoblado) está superada para el Derecho Penal, según los principios de estricta necesidad de las penas, de su adecuación al fin de reinserción social y de prevalencia de una justicia restaurativa en virtud del estándar de necesidad-subsidiariedad.

Es por esos fines y aquellos principios, que las alternativas menos severas a la pena de prisión están permitidas.<sup>592</sup> E incluso serán necesarias aun cuando en la ley se prevea pena de prisión para el delito de que se trate, si es que en el caso puede restaurarse la paz jurídica-social con sanciones menos graves, adecuadas a la posible reparación del daño y a la reinserción social responsable del sentenciado, conforme a los artículos 18 y 22 C.<sup>593</sup>

Y es que para ello cabe recordar los principios de prohibición de penas excesivas y de proporcionalidad penal, del artículo 22 C., que en su estándar de “necesidad”, supone valorar la pena como legítima sólo si no existe otro medio igual de eficaz y menos lesivo para alcanzar aquellos fines, como lo son los sustitutivos penales frente a la pena de prisión. (Principio de intervención mínima del poder penal).

4. Así pues, aunque sea verdad que de la fase de ejecución no quepa eliminar del todo el punto de partida de la prevención general. Pues en delitos muy graves –como los señalados en el art. 20 C. (reformado–, no puede prescindirse de prisión. También es cierto que respecto a los demás delitos hay que promover la necesidad de fijar bases jurídicas ciertas a través de nuevas vías y soluciones racionales, alternas a las tradicionales del proceso penal (art. 17 C.) y de la pena de prisión (arts. 18 y 22 C.) Las cuales procuren una socialización responsable, la reparación del daño en lo posible, o favorezcan la paz.

Por ahora, en primer grado están los medios que antes de la sentencia adelantan una justicia restaurativa, (art. 17 C.): como la mediación y conciliación, la reparación del daño, o la suspensión a prueba del proceso para los delitos que señale la ley.<sup>594</sup> En segundo grado están los delitos de pena alterna a la de prisión, la condena condicional y los sustitutivos penales (conmutación, semilibertad, trabajo en favor de la comunidad, libertad vigilada y multa sustitutiva), dirigidos a insertar socialmente al sentenciado, iniciados con la reforma de 1983 al CPF, que encabezó el Dr. García Ramírez. Como igual él lo hizo en el grado ejecutivo, con la remisión parcial de la pena y la preliberación, que sumó a la libertad preparatoria. (Los que incluso han de ser posibles por condenas de los delitos señalados en el art. 20 C.)

#### A. CRITERIOS PARA RESOLVER PENAS ALTERNAS, CONDENA CONDICIONAL Y SUSTITUTIVOS PENALES

1. La graduación de la culpabilidad para fijar la pena de prisión, es la que en muchos casos permite llegar a una duración de la pena que haga posible aplicar condena condicional y sustitutivos penales, que impiden que se ejecute aquella. Empero, para decidir la procedencia de dichos beneficios con insistencia se enfrentan tendencias contrapuestas de prevención especial negativa y positiva, respecto de las que, por lo general, debiera prevalecer la última. Así, en el CPF se dispone que

---

formación en computadora al cuidado de Isidro Saucedo, México 1995; <http://www.bibliojuridica.org>.) Véase también, Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984; y Fernández, Dolores, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. En España a García Arán, Mercedes, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Cisur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997.

592 Véase al respecto a Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención General e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca; 1999, pp. 349 y ss.

593 Véase al respecto a González Cussac, José Luis, “Arbitrio Judicial y artículo 61.4 del Código Penal: Comentario a la sentencia de marzo de 1986 (R.A. 1670)”, Madrid, *Poder Judicial*, n 4; 1986, pp. 141 a 154.

594 Los medios alternos para una justicia restaurativa (conciliación, mediación, reparación del daño, perdón o suspensión a prueba del proceso) se iniciaron en Coahuila con el código penal de 1983, principalmente con sus reformas de 1993-94. Tal política se continuó en el nuevo CPC de 1999. Así, del total de averiguaciones previas que se iniciaron en el período 2000-2006, en más del 63% se resolvieron con medios alternos, bien sea por perdón, reparación del daño, convenios de conciliación o faltas penales que motivaron determinar el no ejercicio de la acción penal. Y todo ello sin incluir los procesos que pudieron terminar de igual modo en los tribunales. Ya que aquellos medios alternos permiten el sobreseimiento del proceso, cuando el delito no sea grave y se repare el daño, entre otras condiciones. (Los datos me fueron proporcionados personalmente el 15 de marzo de 2006 por la Dirección de Informática de la Procuraduría General de Justicia de Coahuila.)

“cuando se trate de punibilidad alternativa, el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad, cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general o prevención especial”.<sup>595</sup>

2. Como puede verse, en el CPF y el CPDF, aun con la expresión “podrá”, no se exime al juez de la debida motivación para preferir la pena de prisión. Y el tenor del primer numeral también pone en claro que la opción de la prisión sólo deba escogerse como última razón (“...cuando ella sea ineludible...”). Por lo que en principio predomina la garantía del sentenciado a su reinserción social mediante los sustitutivos que, además, hacen viable la reparación del daño a la víctima. La prisión, lejos de facilitar, dificulta la reinserción social y dejan la reparación del daño en mera declaración.

Los indicadores y su motivación deberán estar probados y ser inexpugnables para poner en claro que sea preferible la prisión, cuando ésta es la pena más idónea para la reinserción social de la persona mediante beneficios –como su garantía–, y para un beneficio real –y no solo transitorio y aparente– para la comunidad.

3. La facultad de negar los sustitutivos también está, pues, sujeta a la motivación –forzosa, conforme al art. 16 C.– de los datos que evidencien la necesidad de optar por la prisión como medida idónea, en vez de un sustitutivo, que el artículo 18 C. no solo se contempla como “beneficios”, sino como “derechos” del sentenciado. Por ello, aquella facultad del juez no puede consistir en una potestad arbitraria para desconocer la prevalencia de los sustitutivos, de la condena condicional (o de otros beneficios) a favor del sentenciado, cuando falten las condiciones, probadas, que señale la ley para preferir la prisión. Más aún, porque lo contrario pervierte el fin constitucional de reinserción social y frustra la indemnidad de la víctima, de que se le repare el daño, a las cuales tienden esos beneficios, dejándolas a merced del voluntarismo judicial.

## B. CONCLUSIÓN

1. Y es que debe insistirse que las penas alternas, la condena condicional, los sustitutivos penales no sólo son “beneficios”, sino que a la par son derechos, que deberán observarse en favor de los sentenciados para su inserción social responsable, más aún cuando aquellos también tienden a hacer eficaz la garantía de reparación del daño en favor de la víctima. Los que, por ello, no están –ni deberían estar– sujetos solo a una decisión judicial inmotivada o irracional y, por tanto, autoritaria, que consentiría la ley.

En tal sentido, son criticables las tesis que dejan de lado –bajo el argumento de una mera “potestad”– a la indemnidad de reinserción social mediante los beneficios que establezca la ley, prefiriendo la pena de prisión. Como sucede con las de los rubros siguientes: “PENA. SUSTITUCIÓN DE LA FACULTAD POTESTATIVA DEL JUZGADOR”<sup>596</sup> Y “PENA CONDICIONAL. FACULTAD POTESTATIVA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL”.<sup>597</sup> Aunque en apoyo del criterio aquí expuesto y contrario al de las tesis citadas, cabe citar el de la tesis de jurisprudencia del rubro siguiente: PENA, REDUCCIÓN DE LA. ES UNA FACULTAD POTESTATIVA DEL JUZGADOR, MÁS NO OMNÍMODA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE DURANGO).<sup>598</sup>

2. Sin que pueda desconocerse que, en la última fase del poder penal, aquellos beneficios llevan su ingrediente de castigo y prevención. Pues, aunque no se quiera reconocer así: aquellas penas alternas o sustitutivas siguen siendo aflictivas en la medida que limitan la libertad ambulatoria o afectan otros derechos. Pero con las que se evita también –a través de medidas para una resocialización auto-responsable que facilita la realización de justicia restaurativa en favor de la víctima– la restricción más severa de la libertad que conlleva la pena de prisión.

3. Resumiendo sobre la tercera manifestación del poder punitivo en la esfera de las personas: puede decirse que la imposición judicial de la pena sirve para que se les fije pena hasta la medida de su culpabilidad. Y para que se les imponga la pena de prisión de manera subsidiaria si es que conforme a la ley no es posible sustituirla con una menos grave que promueva la reinserción responsable. Esto es, mediante un procedimiento que a la vez que salvaguarde la autonomía de la personalidad, a la pena se le límite hasta la medida de la culpabilidad. Y por el cual, asimismo, pueda accederse a medidas alternas que aun cuando

595 En la Iniciativa se establece (de manera imperativa) “...si se reúnen los requisitos para que procedan los sustitutivos penales, estos se “concederán y aplicarán”. Respecto a la condena condicional (suspensión condicional de ejecución de la pena) los tres códigos contienen expresiones “imperativas” para concederla motivadamente si se reúnen las condiciones para ello.

596 Registro No. 204585, Tesis II.2o.P.A.11 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 579.

597 Registro No. 204809, Tesis II.2o.P.A.3 P., Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 257.

598 Registro No. 204374, Tesis de Jurisprudencia VIII.2o. J/2., Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Novena Época, S.J.F. y su Gaceta. t. II, septiembre de 1995, p. 468.

queden por debajo de la culpabilidad, sean suficientes para lograr la paz social y atiendan a los fines que el art. 18 C. asigna al sistema penitenciario.

4. Porque hay que porfiar que, así como es inadmisibles causar un mal a otro sólo por retribución o prevención, pues esas concepciones se encuentran limitadas con los principios de un estado de derecho y, por tanto, por el respeto a la dignidad de la persona. Y que, en tal orden de ideas, la pena de prisión cancela la libertad y otros derechos –en calidad de penas accesorias y consecuencias colaterales–, pero de ningún modo resta la dignidad humana ni suprime las restantes garantías que instituye la C. Por el contrario, como quiera que la paz jurídica fuera lo único que legitimara a la pena, ésta tiene que adquirir sentido constructivo. Lo que también es posible cuando la personalidad del sujeto no necesita de una especial promoción terapéutica-social –cuyo forzamiento debe evitarse–.

5. Así pues, sin perjuicio de la seguridad, hay que ejecutar la pena de modo que se respeten los derechos y garantías del ser humano no afectados por la pena de prisión misma, y de tal forma que se dé oportunidad al sujeto según sus aptitudes, de ser productivo en el establecimiento. De un modo que el fruto de su trabajo en lo posible llegue a los ofendidos o víctimas, o bien a personas necesitadas de la sociedad.

6. Cuando aparte de ello, se quiera mostrar al sujeto el camino recto, el modo no es moralizar y menos corregir la personalidad de modo forzado. Sino despertar la conciencia de responsabilidad. Facilitar que se activen o desarrollen las fuerzas positivas del sentenciado. Por tanto, la personalidad del sentenciado debe respetarse. Lejos de humillarle, darle en lo posible oportunidad de desarrollo. Roxin coincide con muchos penitenciaristas, sociólogos, pedagogos y psicólogos: “...de ordinario el criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte; cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar. Sino en muchos casos, la mayoría, es un hombre normalmente débil, inconstante y menos dotado. A menudo con rasgos psicopáticos. Que intenta compensar por medio de delitos el complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida.”<sup>599</sup>

7. Todos sabemos que la realidad de nuestro sistema penitenciario no se corresponde siquiera con las más modestas exigencias para ejecutar la pena de prisión con respeto a los derechos no cancelados por esa pena. Aspectos que desfavorecen la reinserción social. En nada se beneficia la sociedad con un liberado cuya inadaptación se deriva de su falta de trabajo, de su incapacidad para él, de su ineducación, de la contaminación criminógena o del aislamiento que se deriva de su vida en prisión. Tampoco habría una potestad estatal para mantenerlo en prisión luego de que cumpla la sentencia –instituto de retención–, ni de cancelarle las condiciones de reducción de la pena, simplemente porque el Estado falló al no darle los medios para facilitar su reinserción.

8. De todos modos hay que prevenirse frente a utopías de mejora. Cualquier esfuerzo de medios para la reinserción sólo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude con trabajo, educación y capacitación. Pero tiene que ir a casa cuando cumpla el tiempo de pena, aun cuando esa ayuda se omita o se rechace.

Además –bien dice Roxin–

“...siempre habrá otros que volverán a tropezar. Nunca será posible acabar con la criminalidad por completo y para siempre: ella va añadida como lado tenebroso a la vida social: del mismo modo que difícilmente hay una existencia individual sin falta o sin tragedia. Pero esto no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente”.

“Sólo si esta competencia prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad”.<sup>600</sup>

Y es que tanto el bien como el mal están en todos y cada uno de nosotros. A nosotros no toca escoger entre uno u otro. Y todos podemos como personas y sociedad explorar siempre derroteros nuevos, dignos y humanistas para procurar la paz y nuestro bien común.

599 Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, S. A., 1976, pp. 39 y ss.

600 Claus Roxin, op. cit., p. 31

**RUBÉN IGNACIO MOREIRA VALDEZ**  
Gobernador del Estado de Coahuila de Zaragoza

**VÍCTOR MANUEL ZAMORA RODRÍGUEZ**  
Secretario de Gobierno y Director del Periódico Oficial

**ROBERTO OROZCO AGUIRRE**  
Subdirector del Periódico Oficial

De acuerdo con el artículo 90 de la Ley de Hacienda para el Estado de Coahuila de Zaragoza, los servicios prestados por el Periódico Oficial del Gobierno del Estado causarán derechos conforme a la siguiente tarifa:

**I. Avisos judiciales y administrativos:**

1. Por cada palabra en primera o única inserción, \$2.00 (DOS PESOS 00/100 M.N.).
2. Por cada palabra en inserciones subsecuentes, \$1.43 (UN PESO 43/100 M.N.).

**II.** Por publicación de aviso de registro de fierro de herrar, arete o collar o cancelación de los mismos, señal de sangre o venta, \$602.00 (SEISCIENTOS DOS PESOS 00/100 M.N.).

**III.** Publicación de balances o estados financieros, \$818.00 (OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS 00/100 M.N.).

**IV. Suscripciones:**

1. Por un año, \$2,239.00 (DOS MIL DOCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS 00/100 M.N.).
2. Por seis meses, \$1,120.00 (UN MIL CIENTO VEINTE PESOS 00/100 M.N.).
3. Por tres meses, \$591.00 (QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS 00/100 M.N.).

**V.** Número del día, \$25.00 (VEINTICINCO PESOS 00/100 M.N.).

**VI.** Números atrasados hasta 6 años, \$85.00 (OCHENTA Y CINCO PESOS 00/100 M.N.).

**VII.** Números atrasados de más de 6 años, \$169.00 (CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS 00/100 M.N.).

**VIII.** Códigos, leyes, reglamentos, suplementos o ediciones de más de 24 páginas, \$301.00 (TRESCIENTOS Y UN PESOS 00/100 M.N.).

**IX.** Por costo de tipografía relativa a los fierros de registro, arete o collar por cada figura, \$602.00 (SEISCIENTOS DOS PESOS 00/100 M.N.).

***Tarifas vigentes a partir del 01 de Enero de 2017.***

El Periódico Oficial se publica ordinariamente los martes y viernes, pudiéndose hacer las ediciones extraordinarias cuando el trabajo así lo amerite.

Calle Hidalgo Esquina con Reynosa No. 510 Altos, Col. República Oriente, Código Postal 25280, Saltillo, Coahuila.  
Teléfono y Fax 01 (844) 4 30 82 40  
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 08:00 a 15:00 horas.

Página de Internet del Gobierno de Coahuila: [www.coahuila.gob.mx](http://www.coahuila.gob.mx)  
Página de Internet del Periódico Oficial: [periodico.sfpcoahuila.gob.mx](http://periodico.sfpcoahuila.gob.mx)  
Correo Electrónico del Periódico Oficial: [periodico.coahuiladezaragoza@outlook.es](mailto:periodico.coahuiladezaragoza@outlook.es)  
Paga Fácil Coahuila: [www.pagafacil.gob.mx](http://www.pagafacil.gob.mx)