

20781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES "ACATLÁN"

INSUFICIENCIAS DE LA CAUSALIDAD EN LAS
SISTEMATICAS QUE EXPLICAN AL INJUSTO PENAL
¿HACIA UN SISTEMA DE IMPUTACION OBJETIVA EN EL
SISTEMA PENAL FEDERAL?

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A :

MTRO. J. JESUS LOPEZ BARRIENTOS

TUTOR: DR. JULIO CESAR KALA



MEXICO D.F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FEBRERO 2005

m342101



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

*A mi tutor, de quien siempre he recibido un trato cordial, amable y comprensivo; quien se constituyó en infatigable compañero en el camino de mi formación académica y me alentó en los trances difíciles con su probada sapiencia y sabiduría; estoy cierto, sin su guía y apoyo mi esfuerzo hubiera sido infructuoso.
Gracias Dr. Julio Cesar Kala.*

A los Doctores: Sánchez Sandoval Augusto y Alicia González Vidaurri quienes en su transitar por la vida han prodigado la semilla del conocimiento y con su ejemplo y trato amable se constituyeron en la motivación para alcanzar una meta más en mi formación profesional.

A la Universidad Nacional Autónoma de México

A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán

A mis Maestros de quienes emanaron los conocimientos de que me pude nutrir.

A mi esposa e hijos que son la razón de mi existencia.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: J. JESÚS ZÓPEZ BA-
BRIENZOS

FECHA: 16 Mayo/2025

FIRMA: [Firma]

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

EL PROBLEMA CAUSAL EN EL CONTEXTO TEÓRICO QUE FUNDAMENTA LAS EXPLICACIONES DEL DELITO

<i>Consideraciones Preliminares</i>	1
<i>I. Marco teórico del principio de causalidad</i>	10
1. <i>La teoría de la conditio sine qua non (Von Buri)</i>	11
2. <i>La causa adecuada al resultado (Von Kries)</i>	13
3. <i>La causa jurídicamente relevante (Beling)</i>	15
4. <i>La condición eficaz (Birkmeyer)</i>	16
5. <i>La última condición (Ortomann)</i>	17
<i>II. Fundamentos del causalismo clásico y el problema causal</i>	19
<i>III. Problemas específicos del principio de causalidad en la doctrina denominada clásica:</i>	
1. <i>La acción con fundamento naturalístico de causa-efecto</i>	27
2. <i>La omisión, considerada con base hipotética de causa-efecto</i>	31
<i>IV. Problemática de la doctrina clásica</i>	33
<i>V. Fundamentos del causalismo valorativo y el problema causal</i>	36
<i>VI. Fundamentos del Finalismo, el problema causal y sus principales deficiencias</i>	41
<i>VII. Problemática de la doctrina de la Acción Final</i>	44
<i>VIII. El Modelo Lógico Matemático</i>	47
<i>IX. La teoría funcionalista</i>	52

CAPITULO II

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MODELO TELEOLÓGICO RACIONAL-FINAL Y EN LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVISTA

<i>A manera de preámbulo</i>	62
<i>I. La creación del riesgo jurídicamente desaprobado</i>	
1. <i>La no-Imputación en caso de reducción del riesgo</i>	65
2. <i>La eliminación de la imputación al no existir la creación del peligro</i>	68
3. <i>La exclusión de la creación del riesgo en los supuestos de cursos causales hipotéticos</i>	69
4. <i>La no-Imputación en caso de riesgos permitidos</i>	71
<i>II. La realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado</i>	
1. <i>La no-imputación por falta de realización del peligro</i>	74
2. <i>La no-imputación por falta de realización del riesgo no permitido</i>	76
3. <i>La in-imputación de resultados que no se ubican dentro del fin de</i>	

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

<i>protección de la norma de cuidado.....</i>	77
<i>4. La conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.....</i>	78
III. El fin de protección de la conducta típica (alcance del tipo).....	82
<i>1. La cooperación en una auto-puesta en peligro dolosa.....</i>	83
<i>2. La puesta en peligro de un tercero aceptado por éste.....</i>	84
<i>3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena.....</i>	86
IV. La imputación objetiva en Jakobs	
<i>1. Aspectos generales de la construcción normativista</i>	88
<i>2. Instituciones Dogmáticas</i>	
<i>2.1. El riesgo permitido.....</i>	90
<i>2.2. El principio de confianza.....</i>	92
<i>2.3. Actuación a propio riesgo.....</i>	93
<i>2.4. Prohibición de regreso.....</i>	94
V. Consideraciones críticas en torno a los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva	
<i>1. Los inconvenientes del planteamiento funcionalista.....</i>	96
<i>2. Lo Inconveniente de acudir al rol para fundamentar la actuación jurídicamente relevante.....</i>	99
<i>3. Mas allá de los fines de prevención.....</i>	101
<i>4. La incertidumbre del pensamiento problemático.....</i>	109
<i>5. La improcedencia del calificativo "teoría".....</i>	110
<i>6. La improcedencia del basamento "objetivo".....</i>	111
<i>7. Crítica al criterio del riesgo como fundamento de imputación.....</i>	114
<i>8. El inadvertido aspecto de la causalidad en la teoría de la imputación objetiva.....</i>	115
<i>9. El ignorado aspecto de lo subjetivo en que Incurre la teoría de la imputación objetiva.....</i>	117
<i>10. El insatisfactorio recuento de los postulados de la teoría de la imputación objetiva.....</i>	121

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO ¿HACIA UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA PENAL FEDERAL?

<i>I. La causalidad en la doctrina penal mexicana.....</i>	125
II. La causalidad en la ley	
<i>1. Breve referencia a los antecedentes.....</i>	130
<i>2. Comentarios en torno a la situación actual.....</i>	137
III. El principio de causalidad en la jurisprudencia penal mexicana.....	140
IV. Teoría causal imperante en nuestro sistema de justicia penal.....	144
V. Breve comentario en torno a las co-causas en el caso del	

<i>delito de homicidio.....</i>	148
<i>1. Aspectos relevantes del principio de causalidad ajenos al tipo de homicidio.....</i>	149
VI. Algunos problemas de causalidad en la doctrina penal mexicana	
<i>1. En el caso de causalidad doble.....</i>	150
<i>2. En el supuesto del curso causal excepcional.....</i>	152
<i>3. En la suposición de la causalidad anticipadora.....</i>	154
VII. Precisiones teóricas	
<i>1. El nexo de causalidad, el nexo de evitación y la atribuibilidad.....</i>	155
<i>2. La conducta humana y su vinculación al resultado jurídicamente relevante.....</i>	156
VIII. Teorías que pretende explicar el nexo de evitación.....	158
<i>1. Teoría del otro acto o del otro hacer.....</i>	159
<i>2. Teoría de la acción precedente.....</i>	160
<i>3. Teoría de la Interferencia.....</i>	160
<i>4. Teoría Normativa.....</i>	161
IX. De la causalidad hacia el principio de la Atribuibilidad (la atribuibilidad del injusto y la atribuibilidad valorativa del acto)..	162
X. ¿Hacia un sistema de imputación objetiva en el sistema penal federal?.....	166
<i>1. Elementos objetivos.....</i>	167
<i>2. Toma de postura respecto a la propuesta normativa de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la teoría del tipo para el sistema de justicia penal federal.....</i>	170
<i>2.1. La exclusión de la Imputación en supuestos de:</i>	
<i>2.1.1. Disminución del riesgo.....</i>	170
<i>2.1.2. Si falta la creación del peligro.....</i>	172
<i>2.1.3. La exclusión del riesgo en caso de cursos causales Hipotéticos.....</i>	173
<i>2.1.4. En supuestos de riesgo permitido.....</i>	174
<i>2.2. La exclusión de la Imputación en supuestos de:</i>	
<i>2.2.1. Falta de realización del peligro.....</i>	175
<i>2.2.2. Falta de realización del riesgo.....</i>	176
<i>2.2.3. Resultados que no se ubican dentro del fin de protección de la norma de cuidado.....</i>	177
<i>2.2.4. Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.....</i>	178
<i>2.3. Ámbito de protección del tipo. (alcance del tipo).....</i>	178
<i>3. Elementos normativos.....</i>	180
<i>4. Elementos Subjetivos.....</i>	181
<i>4.1. La inversión de la carga de la prueba en el caso de los Elementos Subjetivos.....</i>	181
XI. Comentario final.....	184
Conclusiones.....	186
Propuestas.....	191
Bibliografía	192

INTRODUCCIÓN

El principio de causalidad como criterio de atribución personal del resultado delictivo *-durante muchos años-* ha sido fundamento del tipo objetivo y se ha mantenido inalterable como base jurídico-penal de recriminación en el marco de las sistemáticas que han explicado al delito; su importancia se percibe en el hecho de que es en ese lugar donde se analiza si a una determinada persona se le puede cargar en su cuenta como realización suya el resultado acaecido en el mundo fáctico y que resulta relevante para el derecho penal.

A pesar de lo anterior, en las últimas décadas del siglo pasado, surge en Alemania una propuesta de explicación *-con base funcionalista-* del injusto penal que enfatiza el cuestionamiento de la insuficiencia del principio jurídico de la causalidad *-de corte naturalístico de causa-efecto-* como criterio de atribución del resultado en el ámbito del tipo objetivo y propone criterios de imputación de corte normativo. A este esfuerzo teórico-discursivo se le conoce como *"teoría de la imputación objetiva"* que busca superar el basamento de antecedente y consecuente de realización necesaria a que se encuentra sometido el criterio de la causalidad en la parte objetiva del tipo y plantea la adopción de criterios normativos de imputación personal del resultado *-la creación del riesgo no permitido; la realización del riesgo no permitido y que ese resultado sea de los que pretende proteger la norma penal; el principio de confianza; la prohibición de regreso; la competencia de la víctima; etc.-*. De ahí que, se considera necesario atender *-en el marco de la Teoría de Delito (que se encarga del estudio de los presupuestos jurídico-penales de la punibilidad de una acción)-*, al análisis reflexivo del principio de causalidad; conocer su importancia en la estructura sistémica del injusto penal y evidenciar la crisis

que en los últimos años viene enfrentando como único criterio de imputación personal del resultado delictivo en la parte objetiva del tipo penal y finalmente, descenderemos esa problemática en el sistema penal federal exponiendo qué teoría es la imperante y qué problemática se enfrenta al mantener como fundamento de imputación personal un criterio de corte naturalístico de causa-efecto; reflexionando sobre la pertinencia -o no- de la adopción de criterios de imputación normativos en la parte objetiva del tipo en nuestro sistema de justicia penal federal.

Para la realización de este trabajo hemos empleado el *método documental* que es el que se basa en documentos para el conocimiento de la verdad; *el sintético* que nos da la posibilidad de hacer un resumen o síntesis que contenga lo esencial de nuestro objeto de investigación; *el método exegético* que nos permite interpretar y evidenciar los alcances de la norma penal; *el analítico* que nos permite comprobar el hecho de que solo a partir de los elementos que integran el delito y la parte objetiva del tipo es posible apreciar la importancia y función del principio de causalidad como criterio de imputación personal del resultado delictivo y a partir de ello, plantear la viabilidad o inviabilidad de su superación por la adopción de criterios de corte normativo. Asimismo, a lo largo de la investigación nos auxiliamos de la *técnica de investigación documental* que se caracteriza por la recolección de información, mediante la selección, lectura, anotación y crítica de documentos.

Desarrollamos el presente trabajo en *III capítulos*: *En el primero* que hemos denominado: *"El problema causal en el contexto teórico que fundamenta las explicaciones del delito"* buscamos establecer de manera explorativa las teorías más importantes de la causalidad de la acción; su problemática *-en la parte objetiva del tipo penal-* en las diversas

sistemáticas que explican al injusto penal y que son anteriores a la propuesta de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

En el *capítulo segundo*, titulado: *“La teoría de la imputación objetiva en el modelo teleológico racional-final y en la construcción normativista”* se busca exponer de manera general los criterios normativos de imputación del resultado que ambas posturas establecen y expondremos una postura crítica respecto de sus postulados.

En el *tercero*: *“El principio de causalidad en el sistema penal mexicano. ¿Hacia un sistema de imputación objetiva en el sistema penal federal?”* Abordamos el análisis del principio de causalidad al utilizársele como único criterio de imputación personal del resultado delictivo en la parte objetiva del tipo penal; la teoría imperante en nuestro sistema de justicia penal y establecemos una postura personal respecto a su viabilidad o inviabilidad en el ámbito de nuestro sistema de justicia penal federal.

Asimismo, debe subrayarse que las líneas que se contienen en éste trabajo pretenden remover *-en otros-* el deseo de un estudio mas profundo que venga a reafirmar, modificar o desechar nuestra postura y que se fortalezca el anhelo de alcanzar el perfeccionamiento de la dogmática penal que permita dar vigencia a un sistema penal eficaz y garante de los derechos del gobernado frente a las facultades punitivas del Estado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA CAUSAL EN EL CONTEXTO TEÓRICO QUE FUNDAMENTA A LAS EXPLICACIONES DEL DELITO

“Una de las cuestiones básicas por resolver era el problema de la causalidad, que resultaba un tema inevitable, por cuanto toda la teoría del delito se construía sobre la acción y ésta a su vez estaba constituida básicamente por la causalidad. Luego, por ello mismo, la causalidad resultaba decisiva para cualquier configuración de la teoría del delito.”

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

Consideraciones Preliminares

En este apartado procuraremos establecer dentro del marco-teórico que fundamenta el desarrollo evolutivo de las diversas sistemáticas que han explicado al delito, *la importancia del principio de causalidad,¹ su función y ubicación dentro de los escalones que explican al injusto penal y trataremos de evidenciar sus insuficiencias.² Esas fallas e inconsistencias, -evidenciadas en ciertos casos- se deben fundamentalmente a su basamento de corte naturalístico (de causa-efecto) y en la actualidad tiene profundas raíces en nuestra forma de concebir la realidad; así, cuando intentamos explicarnos algún acontecimiento del mundo fáctico y tratamos de averiguar la(s) causa(s)³ que lo ocasiona(n); al percibir el sonido de un vaso que se hace añicos al impactarse contra el suelo -de manera automática- nos cuestionamos él porqué de su caída; estableciéndose -entre otras- las siguientes posibilidades: alguien lo dejó caer; existe un movimiento de tierra y el vaso cayó de su lugar haciéndose pedazos, etc.,*

¹ “El tema de la causalidad ha cobrado una nueva y vigorosa actualidad a partir del auge de la teoría de la imputación objetiva,..” idea consultable en el prologo de la obra de Julio Fierro, Guillermo, “Causalidad e Imputación” ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. XI.

² “f. Privación de suficiencia. || deficiencia de una cosa..” Diccionario Enciclopédico Grijalbo, Tomo III, Ediciones Grijalbo, Barcelona España, 1986, p.1025.

³ “En la vida cotidiana estamos familiarizados con la idea de una causa [...] El sentido común y la experiencia habitual nos muestran constantemente —o al menos estamos persuadidos de que ello es así— que todas las cosas y sucesos son productos de otras cosas y sucesos.” Julio Fierro, Guillermo. “op. cit.,” p. 6.

en realidad, pretendemos evidenciar que nuestro pensamiento se encuentra acostumbrado a encontrar un antecedente ligado lógicamente y naturalmente con un consecuente que pueda explicarnos el resultado acontecido en el mundo material.

En las ciencias naturales también se han cimentado leyes de causa-efecto que explican los fenómenos acontecidos en la naturaleza, ello, se evidencia en el momento de poner condiciones controladas que puedan provocar los efectos esperados y en esas situaciones pueden recrearse los fenómenos; tal, es el caso, de la mezcla de dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno que siempre nos resultará en agua.

En el campo de lo penal la explicación de los sucesos del mundo real con base en un planteamiento de causa-efecto⁴ se ha vinculado a la actuación del hombre considerada como causa de esas mutaciones⁵ y ha sido la base que permite el encuadramiento del juicio de tipicidad⁶ de la conducta calificada como delictiva. Por eso, cuando nos percatamos que un vehículo ha sufrido daños *-de inmediato-* nos interrogamos sobre las causas que han provocado esos deterioros; es decir, nos avocamos a

⁴ "Sabemos *a priori* que todo fenómeno (también el futuro), debe tener una causa, y en tal noción tenemos un principio que supera el testimonio de toda experiencia; puesto que la experiencia es particular, puede decirse, a lo más, sin salir de ella, que un fenómeno determinado tiene una causa determinada." *Ibid.* p. 20.

⁵ "...la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado..." Muñoz Conde, Francisco; García Aran, Mercedes "Derecho penal. parte general", 4ª Edición, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 257.

⁶ El artículo 168 del Código Federal de procedimientos penales, establece: "El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera..." *Código Federal de procedimientos penales*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p 536. Aquí, es prudente mencionar que el *tipo objetivo* se integra por la *acción u omisión*, el *resultado* y el *nexo causal*, además de las calidades del sujeto activo, el pasivo y las circunstancias de tiempo, modo u ocasión, etc. que deben tomarse en cuenta a la hora de tipificarse la conducta externada en el mundo fáctico.

determinar lo que provocó ese resultado; si fue el impacto de otro vehículo guiado sin respetar los reglamentos de conducción o si se ha presentado una falla mecánica y el vehículo se ha impactado contra la pared de un inmueble, o bien, si el conductor de manera libre, consciente y voluntaria ha dirigido su automóvil hacia el otro vehículo con la fin de dañarlo. Lo anterior, nos permite apreciar *–una vez más–* que los seres humanos nos hemos explicado el mundo sobre la base de relaciones de causalidad.

La Teoría del Delito, al abordar el estudio de las diversas sistemáticas que explican al injusto penal no ha escapado a esa forma de exponer las mutaciones del mundo real y las ha atribuido al actuar del hombre; consecuentemente, intentaremos mostrar que en nuestros días se viene cuestionando esa forma de entender la realidad⁷ siendo un Jurista -*Claús Roxín*- quien *–en el campo de lo científico-natural–* ha sostenido que existen algunos casos en donde el principio de la causalidad no puede ser aplicado.⁸ Es el caso de la *Mecánica Quántica*:

“La nueva mecánica llegó a la conclusión de que no se puede hablar de la posición de las partículas sino de una *probabilidad* de que se encuentran en cierto punto o de que sigan una determinada trayectoria o un proceso dado. El famoso principio de indeterminación formulado por HEISENBERG instaló el debate acerca de sí, en última instancia, la realidad física es causal o casual”⁹

⁷ “Bien podemos apreciar que el día sigue a la noche o viceversa y que el martes viene después del lunes; hay sin duda una sucesión, pero no puede hablarse de causalidad. El orden numérico o las letras del abecedario se suceden los unos a los otros, pero no se causan entre sí. Hay por ende sucesiones que no son causales y no todo consecuente es el efecto del antecedente..” Julio Fierro, Guillermo, *“op. cit.”*, p. 15.

⁸ Roxín, para evidenciar la crisis de la explicación de causa efecto en las ciencias naturales hace alusión a la física cuántica y a la teoría de la relatividad. Roxín, Claús, *“Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,”* Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo; Javier de Vicente Remesal, ed., Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid, España, 1999. p. 346.

⁹ Julio Fierro, Guillermo, *“op. cit.”*, p. 77.

Esa problemática también se hace evidente en la teoría que explica el nacimiento del universo,¹⁰ que se suscitó a partir de una gran concentración que reunió las condiciones necesarias para que en un punto determinado se produjera una gran explosión generadora de todo lo que existe en el cosmos. Con esa base, se puede observar que la conjetura – *mayoritariamente aceptada* – no ha podido prever el momento en que su expansión se detendrá y aún no se conocen todas sus consecuencias,¹¹ por tanto, esa explicación queda fuera del contexto de la relación causa-efecto.

Continuando con esa línea de argumentación puede citarse el caso de la *clonación*¹²

”Con este término se denotan dos tipos de procedimientos: la microtransferencia nuclear y la bipartición embrionaria. En el primero se transfiere el núcleo de una célula de un donador (que contiene su genotipo) a un óvulo infertilizado al cual se le ha quitado previamente su propio núcleo. [...] éste fue el procedimiento utilizado para el nacimiento de la oveja Dolly. Por su parte la bipartición embrionaria consiste en aislar las células del cigoto =células totipotenciales, es decir, de ellas se desarrollan todos los tipos de tejidos y órganos que conforman el organismo- en la etapa en que éste posee sólo dos o cuatro y transferir cada una de ellas a un medio apto para que se desarrollen embriones genéticamente idénticos. Mediante esta técnica –notificada en 1993 por los científicos Jerry Hall y Robert Stillman- se podría lograr que cualquier niño tuviera un clon genéticamente igual,..”¹³

¹⁰...del big bang, explosión original que disgregó un densísimo agregado de materia y por efecto de la cual siguen huyendo las galaxias..” Diccionario Enciclopédico Grigalbo, Tomo V Ediciones Grijalbo, Barcelona, España, 1986, p.1874.

¹¹ Una de esas posibilidades, explica que: “...un día el universo deje de expandirse y comience un movimiento de contracción –*big crunch*–, de modo que teóricamente los sucesos ocurrirían en forma inversa a como suceden en la actualidad, y en virtud de ello veríamos los fragmentos de objetos rotos recomponiéndose en el aire y las balas salir de los cuerpos de las víctimas en dirección a las armas que las dispararon)..” Julio Fierro, Guillermo, “*op. cit.*,” p.95.

¹² “EL 23 DE FEBRERO DE 1997 *the Observer* dio la noticia de que el científico escocés Ian Wilmut y sus colegas del Roslin Institute habían logrado clonar una oveja mediante una técnica novedosa: el trasplante del material genético de una oveja adulta, obtenido de una célula somática diferenciada, en un óvulo del cual había sido retirado su núcleo. El nombre de Dolly, nacida el 5 de julio de 1996, circula por todo el mundo..” Vázquez, Rodolfo, “*Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal.*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p.109.

¹³ *Ibid.*, p. 112.

En esto, se nos plantea la posibilidad de cambiar nuestra visión de la concepción humana como hoy la conocemos porque cuando se abordaba el tema del origen de la vida la ciencia nos explicaba como causa de ese fenómeno reproductivo la fecundación del óvulo por un espermatozoide y de esa manera se suscitaba la posibilidad de la procreación de otro ser humano; pero, hoy, estamos presenciando una explicación alternativa (*otra causa*) de la cual, aún se desconocen –todas- sus consecuencias futuras.

En la ciencia penal -*durante los años setentas*- surge en Alemania una nueva propuesta doctrinal que pretendiendo patentizar las insuficiencias del principio de la causalidad¹⁴ –*con basamento naturalístico de causa-efecto*- como único fundamento de imputación del resultado en el ámbito objetivo del tipo penal, ha sostenido, la existencia de situaciones en las que su aplicación resulta cuestionada; para demostrarlo, nos refirió “*el caso Colza*”, en:

“..donde sufrieron graves lesiones y enfermedades, con sintomatología bastante anómala, e incluso la muerte de varias personas, por consumir aceite adulterado, el problema radica en que no en todas las personas que consumieron el aceite Tóxico enfermaron.”¹⁵

Ciertamente, la duda se presenta cuando se debe determinar si el “*aceite adulterado*” fue la causa desencadenante de los resultados referidos, pues, no todas las personas que lo consumieron se enfermaron y para resolverlo se acudió a la *probabilidad* arropada de certeza. Esos eventos, permitieron asegurar que en algunas ocasiones no se puede establecer la causa de un resultado y su fundamento de antecedente y

¹⁴..La ciencia moderna emplea muchas categorías no causales de determinación o producción legal, tales como la determinación estadística, la determinación estructural, la determinación dialéctica, la determinación teleológica, etc. Son estas categorías no causales las que se expresan en términos de probabilidad.” Parte de la nota al pie número 18 de la obra de Isias de González Mariscal, Olga, “*Análisis lógico de los delitos contra la vida*” ed., Trillas, 4ª Edición, México, 1998, p. 52.

¹⁵ Daza Gómez, Carlos, “*Teoría de la Imputación Objetiva*”, Criminología, Año LX III No 2 Mayo-Ago, 1997, ed., Pomúa, p. 69.

consecuente de realización necesaria entra en crisis; además, si se busca ligar a la conducta humana como causa detonante de la aparición de un cambio en el mundo fáctico; es innegable que *-en el caso citado-* eso se constituye en algo imposible de solucionar.

Ahora bien, si esas deficiencias se presentan en la actuación humana (*la acción*), en la inactividad, (*la omisión*) que adquiere la categoría de relevante para el derecho penal o en la inactividad que trasciende al mundo fáctico en forma de resultado material (*comisión por omisión*) las dificultades parecen no tener solución; porque *-en esos casos-* se acude al ejercicio intelectual del establecimiento de la relación de *causalidad hipotética* y al *principio de evitabilidad* que la ley (*deber jurídico*) impone al omiso; luego, puede interpretarse *-en esas condiciones-* que ni siquiera existe una causalidad naturalística; pues, ésta, se establece de manera ficticia (hipotética). Ante esa realidad, *Roxin y Jakóbs* plantean *-el primero de manera moderada y el segundo de manera radical-* la adopción de criterios normativos.

Nosotros, teniendo como marco de referencia la teoría del delito¹⁶ *-que se encarga de estudiar aquellos presupuestos jurídico-penales que fundamentan la reacción punitiva del Estado-* examinaremos el principio de causalidad de corte naturalístico de causa-efecto o como elemento desencadenante del curso causal hacia una meta o finalidad previamente seleccionada; con ello, nos obligamos a explorar los cimientos teórico-¹⁷ metodológicos de las diversas sistemáticas del injusto penal. Así, en el

¹⁶...la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos *mínimos* de lo punible, esto es, traza límites a lo que puede castigarse con una pena,..” Mir Puig, Santiago, *“Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, 2ª Edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982, p. 17.

¹⁷ “Entre los aspectos que no se pueden prescindir hacer mención de ellos, se encuentran las cuestiones ideológicas, las corrientes de pensamiento tanto de índole extrajurídico como jurídica, de las cuales el Derecho penal se encuentra profundamente impregnado..” Moreno Hernández,

cuerpo de la presente investigación atenderemos al planteamiento teórico sustentado por el “positivismo”¹⁸ como corriente de pensamiento que influyó en la explicación del delito de Von Liszt o recurriremos a la “Filosofía de los valores”¹⁹ como fundamento del causalismo valorativo y buscaremos evidenciar el planteamiento *Ontologista*²⁰ de la teoría de la acción final. Así, el positivismo estableció como fundamento del conocimiento a la experiencia; a la posibilidad del saber fundado en lo material -lo tangible-, conviniéndose en aceptar, únicamente aquello que se puede percibir por nuestros sentidos y es comprobable en su existencia mundana y material como lo válido, lo real; desde entonces, se creó una separación entre el mundo fáctico y el del “deber ser” considerado como aquel que no podemos apreciar en la realidad, perteneciente a un universo metafísico alejado del mundo material y por consiguiente sí esa era la visión aceptada como base del conocimiento no nos resulta extraño que Liszt explicará al delito con un sustento de causa-efecto.²¹

Moisés, “Sobre el estado actual de la Dogmática jurídico-penal Mexicana” *Criminalia*, año LVII, No 3, México, Septiembre - Diciembre de 1992, p. 33.

¹⁸ “Por positivismo se entiende la dirección filosófica (en teoría del conocimiento), que reduce la posibilidad, de éste al campo de lo positivo, es decir, de lo dado en la experiencia; y que, por lo tanto, niega que pueda haber conocimiento fundado, justificado, más allá de los límites de los puros datos de la experiencia; con lo cual rechaza toda metafísica, así como toda indagación sobre principios del deber ser, es decir, toda teoría de normas ideales.” Recasens Siches, Luis, “*Tratado General de Sociología*”, Reimpresión de la 3ª Edición, ed., Porrúa, México, 1980, p. 42.

¹⁹ “Para la filosofía de los valores, la esfera de la realidad –ciencia del derecho-, aparece formada, no por puras reproducciones de lo real, sino por conceptos resultantes de una elaboración metodológica practicada por el sujeto empírico; por lo que, ahora, los hechos están referidos a “valores” y “fines” y de ahí que se defina materialmente a la antijuricidad como “lesividad social” y que se transforman los tipos en “tipo de injusto.” Moreno Hernández, Moisés, “*op. cit.*,” p p. 42,43.

²⁰ “Para el finalismo, el concepto de acción no se construía jurídicamente sino que era *óntico-ontológico*, es decir, que el derecho penal esta vinculado al plano de la realidad por una *estructura lógico-real* que le imponía un concepto de acción del que no podía escindir la finalidad, so pena de dejarla reducida a un mero proceso causal” Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar, “*Derecho penal. parte general*,” ed., Porrúa, México, 2001, p. 365.

²¹ “I. DELITO (ACTO PUNIBLE) ES EL HECHO AL CUAL, EL ORDEN JURÍDICO ASOCIA LA PENA COMO LEGÍTIMA CONSECUENCIA” Von Liszt, Franz, “*Tratado de Derecho penal*” Tomo II, Traducido de la 20ª Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa y Adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, 4ª Edición, ed., Reus, Madrid, España, 1999, p. 262.

La Filosofía de los valores o escuela de Baden Baden recorrió un camino diferente; instauró que quien puede penetrar a ese caos llamado "realidad" es el ser humano y es él, quien puede seleccionar de toda esa gama de posibilidades existentes en el mundo material lo valioso o disvalioso; por ende, será el legislador, quien determine *-en acatamiento al principio de un Derecho penal mínimo-* qué bienes jurídicos son los más valiosos para la sociedad y merecen ser protegidos por la norma penal. De esa forma, se logra vincular los conceptos jurídicos a los "valores" y a los "fines" más sensibles de la sociedad. A pesar de eso, a ésta sistemática – *denominada valorativa-* se le critica no haber atendido al contenido de la voluntad del hombre.

El ontologismo –*apoyado en los estudios de Nicolai Hartmann*²²– considera la existencia de una realidad inmanente a la que el Derecho se encuentra sometido y el mundo real está ordenado sobre la base de estructuras *lógico-objetivas o lógico-reales* que preceden y condicionan la elaboración de los preceptos legales y si no son respetadas, inducirán a regulaciones jurídicas falsas. A esas estructuras, se adecua la llamada teoría de la acción final que parte de considerar al hombre como entidad libre y racional y en base a sus objetivos, fines y metas previamente seleccionadas es capaz de elegir los medios, asumir las consecuencias secundarias y desencadenar el curso causal tendiente al logro de sus fines previamente elegidos. Así, se situó en el centro de la discusión a la acción con sentido final y se intentó dar bases inamovibles al Derecho penal.

²² Welzel, nos dice: "...cuando yo en el año de 1935 tomé de Nicolai Hartmann no la cuestión (que era mucho más antigua), pero sí el nombre de "finalidad" para caracterizar la acción como un acontecimiento dirigido y encauzado voluntariamente.." Welzel Hans "*Derecho penal Alemán. parte general*", 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, ed., Jurídica de Chile; Chile, 1993, p 44. A partir de ello, se pone en el centro de la discusión doctrinal a la acción del hombre con sentido final y se pudo decir que la teoría de la acción final: "...se caracteriza por un desplazamiento de la atención sobre el aspecto "ético personal" de la infracción penal, o, en otros términos, sobre el aspecto personal y ético social del injusto" Gallas, citado por Moreno Hernández, Moisés, "*op. cit.*," p. 44.

Por otra parte, se considera oportuno decir que cuando utilicemos la palabra *método* lo haremos en su significación clásica: *como el camino sistemático y ordenado que sigue la ciencia para alcanzar la verdad*²³ y cuando nos refiramos al término "*filosófico*" buscaremos evidenciar el contexto especulativo y reflexivo que influenció el pensamiento de los teóricos que nos legaran sus explicaciones del injusto penal a lo largo de más de un siglo.

Estudiar *-de manera general-* el principio de causalidad con base naturalista de antecedente y consecuente de realización necesaria en las diversas teorías que anteceden al planteamiento racional-final y normativista, nos prepara para conocer el contexto doctrinal en que se sostuvieron sus deficiencias como único fundamento de imputación del resultado en la parte objetiva del tipo penal²⁴ y nos permite comprender la necesidad de la adopción de criterios de carácter normativo como base de la imputación del hecho calificado como delictivo.

El tipo objetivo (*que es básico para la debida integración del juicio de tipicidad*)²⁵ se ha estudiado como parte de aquellos presupuestos teórico-

²³...buscar la verdad es buscar un conocimiento correcto, con método, con coherencia, con inteligencia, con paciencia, con seriedad, con escrúpulo. Todo estudioso busca la verdad; por sus caminos, con sus técnicas y en el plano de sus propios intereses cognoscitivos. Y si es así, entonces "verdad" no es un título que corresponda legítimamente a una sola disciplina...por que el conocimiento empírico es, en, cuanto empírico, tan "verdadero" como lo es, en su plano o nivel, el conocimiento especulativo.." Sartori Giovanni, "*La política. Lógica y método en las ciencias sociales*", Traducción de Marcos Lara, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 p p. 40,41.

²⁴...aunque se parta de que se puede seguir enjuiciando los fenómenos del mundo jurídico según la ley causal, sigue habiendo suficientes puntos oscuros [...] y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la causa de un resultado jurídicamente relevante.." Roxin Claus "*Derecho penal parte general*" p. 347.

²⁵ En nuestros días *-para la elaboración del pliego de consignación-*, se obliga al representante social a acreditar el cuerpo del delito en términos del artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de procedimientos penales, que literalmente, establece: "Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera" *Código Federal de procedimientos penales*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 536. Como se aprecia, el Cuerpo del Delito, obliga a la autoridad a tener por acreditados los *elementos objetivos* del injusto penal, dentro de los cuales, se ubica al *principio de*

jurídicos que dan base a la reacción punitiva del Estado; existiendo gran aceptación en el sentido de considerarlos como una *acción, típica, antijurídica y culpable*;²⁶ no obstante, aún no se ha encontrado una sistemática que haya dado respuesta universal y satisfactoria a los contenidos que deben sustentar cada uno de esos peldaños, pues, tan pronto se sostenía una explicación lógica y coherente, *de inmediato* era sometida a un torbellino discursivo que evidenciaba sus carencias, sus fallas y se buscaban nuevas ideas teórico-metodológicas para resolver esos cuestionamientos. Ello, denota el esfuerzo constante y permanente de brillantes doctrinarios de buscar el perfeccionamiento de la dogmática penal. Así, lo explica, Moreno Hernández:

“...la sistemática del Derecho penal ha experimentado en las últimas décadas, sobre todo en Alemania, una considerable evolución, debido, por una parte, a la idea permanente de mejorar el “método” y, por otra, al deseo constante de sus cultivadores de adecuarla cada vez más a la realidad circundante.”²⁷

Por ende, no debe sorprendernos que ese tipo objetivo retorne con renovados bríos gracias a los aportes de la teoría de la imputación objetiva y recupere la importancia que perdió ante el avance que significó el descubrimiento de su esfera subjetiva.

1.- Marco teórico del principio de causalidad

Para comprender el problema de la causalidad en las sistemáticas que abordan el estudio del delito es necesario tener un marco conceptual de las diversas explicaciones que han buscado aclarar el momento en que una actuación humana vinculada a un resultado puede ser fundamento

causalidad que es nuestro objeto de estudio y que se constituye en elemento esencial para el juicio de tipicidad.

²⁶ “La teoría clásica considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable.” Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997, p. 57.

²⁷ Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.* p p. 34, 35.

para cargar en la cuenta de alguien *como su obra* esa actuación. Para esclarecer esa cuestión debe investigarse la importancia de “todas” o “alguna” de las condiciones a tomar en cuenta para dar por satisfecho el nexo de causalidad. Aunque:

“Sobre las condiciones que hayan de concurrir para que exista relación de causalidad, se ha originado una fuerte controversia entre las distintas escuelas y se han formulado tantas teorías, que puede decirse con absoluta justezā que esta cuestión es una de las más debatidas en el derecho penal.”²⁸

En tanto, *esa exploración doctrinal* nos permitirá apreciar el panorama en que se impuso la *teoría de la equivalencia de las condiciones* como dominante para fundar el nexo de causalidad en las doctrinas causalista y finalista de la acción y nos prepara para conocer su problemática, lo que nos obliga a esbozar el fundamento normativo de la teoría de la imputación objetiva. También, vale la pena dejar asentado *-desde ahora-* que la doctrina de *la conditio sine qua non* se ha impuesto de manera contundente a las demás posturas explicativas del nexo causal y sin embargo, presenta una serie de inconsistencias de las que a continuación nos ocupamos.

1.- La teoría de la *conditio sine qua non* (Von Buri)

Este planteamiento teórico-explicativo de la relación causal²⁹ establece: toda condición que sea de realización anterior, concomitante o posterior, si no puede ser suprimida en mente sin que desaparezca el resultado es de igual valor y por lo tanto, es causa del resultado acaecido. Mezger, apunta:

²⁸ Márquez Piñero, Rafael, “Derecho penal. parte general”, ed., Trillas, 1ª Reimpresión, Agosto de 1999, p. 177.

²⁹ “...la fundamentación mas profunda de la teoría de la equivalencia se remonta a Maximilian v. Buri bajo cuya influencia como magistrado que posteriormente fue del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) se impuso también dicha doctrina desde el principio en la jurisprudencia y luego constantemente; en la misma se utiliza repetidamente la idea de la *conditio sine qua non*, pero al principio sin emplear la formula especial del “suprimir mentalmente”. Esta aparece por primera vez en 1910 en RGSt 44, 137 (139):.” Roxín, Clāus, “Derecho penal. parte general” p. 349.

"..Toda condición en sentido lógico es siempre causa en sentido jurídico-penal. Todas las condiciones son "equivalentes" con respecto a la causa y cómo tales constituyen el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal.."³⁰

Esa interpretación motivó su crítica y se hizo evidente que con su aplicación se ampliaría el campo de aplicación del derecho penal:

"..la doctrina de la condición (*conditio sine qua non*), correctísima como concepto causal, llegaba a injusticias que constituían verdaderas monstruosidades, en numerosos casos de la vida penal;..y en las situaciones intervienen otras series causales.."³¹

Para evidenciarlo, piénsese en el caso de intentar establecer responsabilidad penal en un homicida; con el fundamento de la *conditio sine qua non* nos veríamos obligados a extender esa imputación también a los padres que lo engendraron y a los padres de éstos y así sucesivamente, debido a que no se puede entender suprimidas a esas personas sin que deje de existir el actuar del homicida y por lo tanto son causa del resultado penalmente relevante. Para evitar esos excesos se buscó establecer correctivos:"..Dado que, de todos modos, el requisito de la culpabilidad (*dolo o culpa*) limita generalmente la responsabilidad penal.."³² pero, esa solución, motivó otra contundente crítica, porqué, para no aumentar el campo de aplicación del Derecho penal (*el regresum ad infinitum*) se recurre a otro elemento del delito como lo es *en el causalismo* a la culpabilidad y apoyándose en sus especies *dolo o culpa* se logra restringir la responsabilidad penal. Al mismo tiempo, se percibió que con esa respuesta se presentaba otro problema, pues, para no incurrir en excesos en el momento de tipificar la conducta es menester acudir al elemento

³⁰ Mezger, Edmund, "*Derecho penal. parte general*", ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª Edición, México, 1990, p. 111.

³¹ Jiménez de Asúa, Luis "*Principios de Derecho penal. La ley y el delito*" Reimpresión, Abeledo Perrot, ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 225.

³² Mezger, Edmund, "*op cit.*," p. 111.

culpabilidad y con eso se rompe el escalonamiento de la explicación del injusto penal (*el tipo es antecedente de la antijuridicidad y ésta, a su vez de la culpabilidad*). Como se observa, la teoría dominante contiene diversos problemas no resueltos y a eso, pretende responder la postura explicativa de la imputación objetiva. En suma, el principal defecto de esa teoría consiste en la ampliación del campo de aplicación del derecho penal; provocándose, que: "Frente a esta teoría hay una serie de teorías restrictivas del concepto de causalidad...",³³ de las que a continuación nos ocupamos.

2.- La causa adecuada al resultado (Von Kries)

Buscando reducir los excesos en que se incurría con la postura de la *coditio sine qua non* y habiéndose hecho evidentes sus problemas, se propone tomar en cuenta como causa de la realización del resultado jurídicamente relevante, no a todas las condiciones, sino, únicamente a aquélla (*condición*) que con base en la experiencia y conocimientos de la vida es adecuada para producir el resultado.³⁴ Márquez Piñero, escribe:

"..solo puede considerarse como causa de un resultado aquella actividad adecuada para producirlo. La causa es adecuada al resultado cuando éste se produce según lo normal y común de la vida; si el resultado se aparta de lo normal y común, no habrá relación de causalidad. La estimación de la idoneidad de la causa para producir el resultado se hará teniendo en cuenta los conocimientos del hombre medio, particularmente los del agente."³⁵

Esa toma de postura, nos arroja como criterios definidores a la *experiencia y el conocimiento del hombre medio* y a partir de ahí será

³³ Daza Gómez, Carlos, "Teoría de la Imputación Objetiva" p. 71.

³⁴ "b) El verdadero fundador de la teoría de la causalidad adecuada, en que se trata de no confundir el nexo material con la culpabilidad, no fue un jurista, sino un fisiólogo, J. Von Kries, que explicó esa materia en la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Se baso en la *posibilidad y probabilidad* y atribuyo a su doctrina un sentido *subjetivo*, puesto que el calculo de probabilidad ha de hacerse esencialmente desde el punto de vista del sujeto que actúa." Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho penal" Tomo III, 4ª Edición, ed., Losada, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 534.

³⁵ Márquez Piñero, Rafael, "op. cit.," p. 178.

necesario llevar a cabo un ejercicio intelectual-retrospectivo para decidir si en las circunstancias normales en que el activo actuó le era previsible el resultado.

La objeción esgrimida en contra de ésta explicación consistió en el hecho de tenerse que acudir al *modelo hipotético del hombre común*; lo cual resulta en una ficción y deja de considerar como causales aquellas circunstancias inadecuadas para producir el resultado penalmente relevante. A pesar de eso, se observan algunos avances:

“..”A”conduciendo con exceso de velocidad causa a “B” una lesión leve al atropellarlo, pero éste muere a causa de un tratamiento médico deficiente, o bien por el descuido de “B” se produce una infección en la lesión que le provoca la muerte. La teoría de la causalidad adecuada rechaza que “A” haya sido causa de la muerte,..”³⁶

Nos queda claro *en el ejemplo que antecede* que la leve lesión ocasionada por el atropellamiento no se constituyó en causa adecuada para desencadenar el resultado fatal, pues, éste, se produce como consecuencia de otros factores –*tratamiento médico deficiente o descuido de la lesión por parte del sujeto pasivo, quien al mantener la infección desencadena el resultado fatal*- que inciden de manera efectiva en la muerte del pasivo. No obstante, si atendiéramos a la teoría de la equivalencia de las condiciones tendríamos que imputar responsabilidad por homicidio a quien infirió la lesión, porque, sí el activo no hubiera puesto esa condición –*leve lesión ocasionada por el atropellamiento*- los acontecimientos posteriores no se hubieran desencadenado y el resultado fatal no se hubiere presentado; para probarlo, simplemente habría que *suprimir en mente* la lesión inferida y los demás acontecimientos no se presentan.

³⁶ Gimbernart Ordeig, citado por Pavón Vasconcelos Francisco, “La causalidad en el delito”, 4ª Edición, ed., Porrúa, México, 1993, p. 105.

3.- La causa jurídicamente relevante (Beling)

Ésa postura puede clasificarse como restrictiva de la causalidad, ya que, pretende encontrar la mejor explicación para determinar la causa desencadenante del resultado penalmente relevante. Beling, considera que no debe tomarse en cuenta la causa natural de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en su lugar, se debe acudir a la estructura de los tipos legales para encontrar en ellos la *causa jurídicamente relevante*³⁷ pues, al ordenamiento jurídico no le interesan todas las relaciones causales presentes en la naturaleza sino únicamente aquellas que conforme a la descripción contenida en la ley penal son adecuadas para producir el resultado. Para:

“..Beling, el único camino correcto para solucionar el problema de la causalidad, consiste en acudir a los tipos legales delictivos..Las cuestiones que han de resolverse prácticamente son: Si A ha “matado a un hombre”, si “ha sustraído” una cosa mueble ajena, etc.. En verdad, los tipos legales, al indicar de ese modo la actividad que ha de desarrollarse, exigen una relación condicional entre la actividad ejecutiva y el resultado; pero no se refieren con ello a la fijación científica del concepto de causa.. sino que atienden simplemente al lenguaje corriente,..”acción de matar” “acción de sustraer,” etc..”³⁸

Ésa argumentación parece más convincente sobretodo si se considera que se reconoce la importancia de la causa adecuada complementada con el calificativo de ser relevante para el Derecho penal, con eso, se hace innegable que pierden terreno los fundamentos de corte naturalístico y los tipos penales únicamente podrán ser valorados por criterios de orden

³⁷..Beling da superlativo valor al tipo legal; mejor dicho a la figura rectora, como centro de subordinación para cuantos elementos posee el hecho delictivo. Por ello es lógico que también centre el problema de la causalidad en referencia a los tipos. Comienza acusando a la doctrina de la equivalencia de las condiciones imperante en el *Reichsgericht*, de haber incurrido en el grave defecto de servirse de un concepto de causa de valor general y apriorístico, que ni aun se basa en un determinado ordenamiento jurídico,..”Jiménez de Asúa, Luis *Tratado de Derecho Penal*,” Tomo III, p. 558.

³⁸ *Id.*

jurídico y el problema causal se plantea como un juicio de corte valorativo.

Para evidenciarlo, citemos aquel ejemplo en que:

"..A, envía a B a un bosque en plena tormenta con la esperanza de que le caiga un rayo y lo mate. El resultado se produce. La teoría de la equivalencia no tendría mas remedio que afirmar la causalidad de la acción de A, porque indudablemente, desde el punto de vista natural, la acción de A fue causa de la muerte de B. Sin embargo, al no ser este resultado previsible objetivamente, la teoría de la adecuación negaría esta causalidad. La teoría de la relevancia jurídica no negaría la causalidad de la acción de A, sino su relevancia jurídica."³⁹

Los logros de Beling en el tratamiento del problema causal son cuestionados debido a que no pudo establecer con precisión cuáles serían los criterios normativos a tomar en cuenta para determinar cuándo una causa es relevante para el ordenamiento jurídico y porqué el principal criterio en que se basó -*la previsibilidad objetiva*- es muy vago e impreciso.

En tanto:

"..las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido complementando en los últimos años con criterios normativos coincidentes en su mayor parte con los de la teoría de la imputación objetiva elaborada en Alemania por Claus Roxin, que cada vez cuenta con más partidarios en la doctrina española y que esta también siendo acogida por la jurisprudencia más reciente..⁴⁰

4.- La condición eficaz (Birkmeyer)

En la búsqueda de la causa⁴¹ que *individualmente considerada* origina el resultado penalmente relevante, éste autor,⁴² advierte: sí bien, deben

³⁹ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, "Derecho penal. parte general" p. 262.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Esta teoría se ubica en las denominadas *individualizadoras* ya que pretende distinguir del conjunto de condiciones que originan un resultado a aquella que es considerada como la causa, por ende, las otras serán únicamente condiciones. Respecto de las teorías individualizadoras, se ha dicho: "Estas posturas no han tenido aceptación doctrinaria; y sostiene que a efectos penales hay que operar con la misma distinción que se puede hacer ya en el plano lógico real entre mera condición y causa, es decir, distinguir de entre el conjunto de condiciones de un resultado entre simples condiciones accesorias y auténticas causas. Dentro de las distintas doctrinas tenemos la de Binding denominada Teoría de la condición preponderante o decisiva, la de Birkmeyer

aceptarse todas las condiciones presentes en la realización de un resultado como importantes -*pues, sin ellas, no sería posible el cambio en el mundo material*- no todas, son eficaces en igual medida, esto es, de todas las condiciones que concurren en el resultado, solo una, es realmente eficaz para ocasionarlo. Con eso, se hizo evidente:

"El aspecto cuantitativo, casi matemático, de la teoría,..si el resultado es, por ejemplo, igual a 12 y las condiciones equivalen a 7, 3 y 2, la condición 7 es la prevalente, la más eficaz, la causa en definitiva"⁴³

Esa solución no escapó a la crítica debido a que presenta resultados insatisfactorios. Así, lo evidencia:

"Antolisei..si dos individuos han proporcionado dosis diversas de veneno, el que ha suministrado la menor parte no sería causa eficaz del asesinato, no obstante haber realizado ambas acciones típicas."⁴⁴

5.- La última condición (Ortomann)

Ortomann, explica: para encontrar la causa que determina el resultado penalmente relevante se debe atender a la *última condición*⁴⁵ o a la *más próxima al resultado* y se debe dejar de lado a las anteriores; es decir, "...causa es sólo la última de un conjunto de condiciones, o sea aquella que está más próxima al resultado."⁴⁶ Su postura, dio base, a una certera crítica,

denominada mas eficaz; la de Ortoman conocida como Teoría de la condición más eficiente, principal, directa o la última condición" Daza Gómez, Carlos, "*Teoría de la Imputación Objetiva*" p. 72.

^{42a}..parte de una crítica llena de referencias a la falta de criterio jurídico de la teoría de von Buri y afirma que si bien es innegable que todas las condiciones son necesarias [...] no puede desconocerse una clara diferencia entre ellas, en cuanto a su respectiva eficacia..." Jiménez de Asúa, Luis "*Tratado de Derecho Penal*" Tomo III, p. 525.

⁴³ Reynoso Dávila, Roberto, "*Teoría general del delito*", 2ª Edición, ed., Porrúa, México, 1997 p. 41.

⁴⁴ *Ibid.* p. 42.

⁴⁵ "Ortomann.. considera causa la condición que se ha asociado la última a las restantes. El propio autor ha querido superar las ingentes dificultades que su doctrina presenta para decidir la eficacia causal, considerando las fuerzas naturales posteriores a la acción humana como si fueran anteriores, y excluyendo los hechos posteriores de un no imputable o no culpable.." Jiménez de Asúa, Luis "*Tratado de Derecho Penal*" Tomo III, p. 525.

⁴⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, "*La causalidad en el Delito*", p. 86.

ya que, deja de considerar diversas causas que concurren con otras en la producción del resultado y toma en cuenta únicamente la última condición, provocando situaciones insatisfactorias. Pavón Vasconcelos, nos ilustra al respecto:

“Un grupo de sujetos se pone de acuerdo para privar de la vida a una persona realizando conjuntamente la acción material: usando armas adecuadas para producir el mal deseado, efectivamente causan multitud de lesiones en el cuerpo de la víctima y logran privarla de la existencia..”⁴⁷

Como es fácil advertir la acción es realizada en forma conjunta y simultánea por varios sujetos que *-estando de acuerdo-* realizan la conducta de privar de la vida al pasivo y al aplicar *-a ese supuesto-* la postura de la fórmula de la última condición o de la más próxima, tendríamos que concluir que la causa de la muerte se debió a la última intervención de uno de los agresores y que los demás no pusieron causa alguna en el resultado. Esa solución resulta inaceptable.

De lo hasta aquí apuntado y sin dejar de reconocer que existen otras posturas explicativas⁴⁸ que se ocupan del análisis del principio de causalidad⁴⁹ puede *-validamente-* mantenerse que el problema causal presenta diversas aristas que aún no han sido resueltas de manera satisfactoria y que han propiciado que se continúe con su tratamiento teórico; incluso, en nuestra época, se ha dado un giro al tratamiento del concepto de la causalidad para proponer *-en su lugar-* el de imputación. De ahí que, para diferenciar las relaciones de causa-efecto con base naturalística de aquéllas que se presentan como producto de la actividad humana, sea necesario, acudir a:

⁴⁷ *Ibíd.* p. 91.

⁴⁸ De las que no nos ocuparemos, debido a que como ya lo expresamos, la doctrina universalmente aceptada es la de la *conditio sine qua non* y a partir de su crítica, se han establecido otros caminos de solución que justifican el presente trabajo.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, Luis *“Tratado de Derecho Penal”* Tomo III, p p. 510 y ss.

"..KELSEN la imputación es un nexo normativo, no causal, porque difiere de éste en que "la relación entre condición y consecuencia se establece para la aplicación de una norma, y esto significa que se efectúa por un acto volitivo humano"; en la causalidad, en cambio, la relación existente entre la condición y la consecuencia es sobrehumana, es decir independiente de la voluntad del hombre."⁵⁰

II.- Fundamentos del causalismo clásico y el problema causal

Para evidenciar la función, importancia e insuficiencias que el principio de causalidad representó en la llamada teoría "clásica" del delito es necesario recordar el contexto teórico del pensamiento imperante en el siglo XIX que obligaba a reconocer con el carácter de científico únicamente a aquello apegado al uso riguroso del método científico en el tratamiento de la investigación de los diversos fenómenos y si se afirmaba que algo tenía ese carácter era porque podía someterse a comprobación; podía ser apreciado por nuestros sentidos. Esa manera de explicarse la realidad también impactó a las llamadas ciencias "culturales"⁵¹ dentro de las cuales se ubica al Derecho penal;⁵² así, lo sugiere Roxin:

"Los primeros decenios de vigencia del Código penal alemán coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases."⁵³

⁵⁰ *Ibid.* p. 25.

⁵¹ Son culturales, pues: "...se refieren a las acciones del hombre encaminadas a un fin y capaces de transformar, con libertad y conciencia, el mundo circundante" González Uribe, Héctor, *"Teoría Política"*, ed., Porrúa, 3ª Edición, México, 1980, p. 29.

⁵² "El derecho penal no estuvo exento del lente regulador que representaba en todo caso el método científico, sugiriendo tal método que el derecho penal debía estar constituido por *un sistema del todo describable*. Se procedió en lo sucesivo a buscar cuáles serían las categorías o conceptos principales que integraban el sistema del delito." Zaragoza Martínez, Edith Mariana, *"Evolución de los fundamentos filosóficos y metodológicos de la teoría del delito"*, Lux, Investigación y Crítica Jurídica, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Latina, Numero1, Septiembre-Diciembre del 2000, p. 61.

⁵³ Roxin, Claús, *"Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal"* Traducción de la séptima edición Alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p 22, esa idea también es sustentada por Díaz Aranda

En ese contexto se explica la influencia del pensamiento positivista,⁵⁴ denotándose el reclamo de someter el estudio de los fenómenos a un estricto rigor científico y éstos a probarse en el mundo fáctico. Esa idea se aprecia en el siguiente comentario:

"Toda ciencia,..se basa en la experiencia y el Derecho será un objeto científico, en el sentido de ser susceptible de consideración científica, en cuánto sea objeto de experiencia...En todo caso, la ciencia jurídica siempre puede contar con un objeto de experiencia, ya que la legislación positiva constituye un hecho real"⁵⁵

Es cierto, la norma penal *-en principio-* se constituye en una descripción abstracta que tiende a regular una conducta humana y esa abstracción adquiere plena vigencia y se materializa cuando la acción del hombre exteriorizada en el mundo real se adecua perfectamente a la descrita en la ley penal. Además, esa afirmación, encierra una postura explicativa de la realidad que aún en nuestros días mantiene su vigencia (*en el caso de las llamadas ciencias "duras"*); pues, únicamente aquello que es posible apreciar por nuestros sentidos es lo válido y sí se busca sostener que una investigación tiene el carácter de científica es porque sus resultados pueden someterse a una plena y estricta comprobación.

Ese cimiento explicativo de corte naturalístico permitió sustentar: "Así como todo acontecimiento natural es el resultado de una cadena causal, también

Enrique, "Dolo. Causalismo-Finallismo-Funcionalismo y La Reforma Penal en México", ed., Porrúa, México, 2000, p p. 4, 5.

⁵⁴"...el positivismo se convierte en una autentica filosofía, en un sistema que —con método idéntico al de las ciencias naturales— pretende ofrecer una solución conexas no sólo con la realidad sensible, sino con el mundo espiritual; en el siglo XIX el positivismo adviene como conciencia filosófica de esa época. Se trata de una forma de entender el mundo y se transforma, inclusive, en un actitud vital, que responde adecuadamente, a la estructura de su horizonte histórico." González Vicén, F, citado por Márquez Piñero, Rafael, "La fundamentación básica del Derecho penal", Homenaje al Maestro celestino Porte Petit Candaudap, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2000, p. 382.

⁵⁵ Márquez Piñero, Rafael, "La fundamentación básica del Derecho penal", p p. 379, 380.

lo es el delito.”⁵⁶ Liszt, =Influido por esas ideas= explica al injusto penal como: “..ACTO CULPABLE, CONTRARIO AL DERECHO Y SANCIONADO CON UNA PENA”⁵⁷ percibiéndose -ahí- los diversos peldaños del delito; es decir, es un acto humano -un hacer voluntario- que modifica al mundo exterior y es base y antecedente de los demás peldaños de la estructura sistemática del injusto. Moreno Hernández, respecto al fundamento de corte causal que se observa en la teoría “clásica,” escribe:

“..el “sistema clásico”..tiene como fundamento al “concepto de acción” caracterizado como el concepto “causal” de acción, por reducirse al puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior, sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, es decir, sin importar el “contenido de la voluntad”..”⁵⁸

Esa aseveración nos permite deducir que la acción del causalismo “clásico” no abordaba el contenido de la voluntad y daba origen a una actuación ciega de corte mecanicista. Pese a ello, debe reconocerse que el causalismo -“clásico”- sí atendió al contenido de la voluntad, aunque esa atención, la despliega en el elemento culpabilidad, donde se analiza la relación psicológica que une al autor con su acto en forma de dolo o de culpa. Asimismo, pudo sostenerse que esa acción para ser penalmente relevante debe ser calificada como contraria al derecho y por eso *antijurídica*. Liszt, distinguiendo a la antijuridicidad formal y material, explica:

“..El crimen en cuanto constituye una infracción (Unrecht) es..un acto culpable CONTRARIO AL DERECHO..Esta REPROBACIÓN jurídica, que recae sobre el acto, es doble. 1. El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El acto

⁵⁶ Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz, “Derecho penal. parte general” I, Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson, ed., Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 253.

⁵⁷ Von Liszt, Franz, “op. cit.,” p. 264.

⁵⁸ Moreno Hernández, Moisés, “op. cit.,” p. 37.

es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial).⁵⁹

Calificado el acto de antijurídico, en seguida, se debe precisar si también es culpable y para entrar a ese estudio es necesario determinar si el activo es imputable.⁶⁰ constituyéndose -de esa manera- en presupuesto de la culpabilidad. Pues:

“Allí donde la «facultad de adaptación social» falta, completa y permanentemente, no tiene ningún sentido querer encontrar móviles de conducta social, en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena.”⁶¹

Resuelto el problema de la imputabilidad puede -ahora- abordarse el análisis de la culpabilidad, entendida como la relación psicológica⁶² del activo con su acto en forma de dolo o culpa. El fundador del causalismo “clásico”, dice:

“..No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de la voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo en la culpabilidad del autor”⁶³

En el sistema denominado “clásico”, el dolo, se constituye en la forma principal de culpabilidad y se hace evidente en el hecho de que quien actúa con intención lo hace con la voluntad y el conocimiento de colmar la parte objetiva del tipo; es decir, lo hace, con:

“a) La representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado. b) La previsión del resultado. c) En

⁵⁹ Von Liszt, Franz, “*op. cit.*,” p p. 335, 336.

⁶⁰ “I. LA IMPUTABILIDAD es la capacidad DE CONDUCIRSE SOCIALMENTE..es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres.” *Ibid.* p. 396.

⁶¹ *Ibid.* p. 306.

⁶² ..el “concepto psicológico de culpabilidad”, predominante hasta comienzos de este siglo; según el mismo, la culpabilidad se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado. Se consideraban “formas de culpabilidad” el dolo y la imprudencia,..Representantes famosos de tal concepto psicológico de culpabilidad fueron..Buri, Liszt, Löffler, Kohlruschj en su primeras publicaciones y Radbruch” Roxin, Claús, “*Derecho penal. parte general*” p. 794.

⁶³ Von Liszt, Franz, “*op. cit.*,” p. 387.

los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto, en los delitos de omisión, la representación del no impedimento del resultado.”⁶⁴

A la segunda forma de culpabilidad que instituyó el elemento culpabilidad se le denominó culpa,⁶⁵ ésta, se presenta cuando el activo al momento de exteriorizar su conducta lo hace sin respetar las medidas de precaución⁶⁶ y cuidado que le exige la ley y en consecuencia, su negligencia, su imprudencia, produce el resultado calificado de delictivo. Jiménez de Asúa, explica:

“..existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de precaución del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo..”⁶⁷

Por último, puede advertirse la aplicación de la pena como consecuencia que el Estado le ha asignado a las conductas contrarias al orden jurídico y calificadas de culpables. Por ende, la estructura “clásica” del injusto penal se explica como una *acción contraria a derecho, culpable y punible*.⁶⁸ En esa estructura explicativa se percibe la presencia de una parte objetiva –*antijuridicidad*– y una *subjetiva* que se evidencia en el elemento *culpabilidad*.⁶⁹

⁶⁴ *ibíd.* p. 411.

⁶⁵ “II. La CULPA es, formalmente, la NO PREVISIÓN DEL RESULTADO PREVISIBLE EN EL MOMENTO EN QUE TUVO LUGAR LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD” *ibíd.* p. 430.

⁶⁶ “1. Falta de precaución en la manifestación de voluntad; es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias”. *ibíd.* p. 431.

⁶⁷ Jiménez de Asúa, Luis “Principios de Derecho penal. La ley y el delito” p p. 371, 372.

⁶⁸ En igual sentido se pronuncian: Moreno Hernández, Moisés, “*op. cit.*,” p 36 y Zaffaroni Eugenio, Raúl, “*Manual de Derecho penal. parte general*”, 3ª reimpresión, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1999, p. 348.

⁶⁹ La parte “objetiva” del hecho encuentra expresión en los elementos de tipicidad y antijuridicidad, es decir en el suceder objetivo fuera del animo del autor. La culpabilidad en cambio, abarca lo “subjetivo”, es decir los procesos intelectuales y anímicos que, en relación al hecho, se reflejan en la persona del autor” Moreno Hernández, Moisés, “*op. cit.*,” p. 37.

Como se desprende de lo hasta aquí apuntado -en la estructura sistemática que nos lega Von Liszt en el año de 1881- no aparece como elemento de su explicación el tipo, situación que es perfectamente entendible, si recordamos que éste, fue aportado por Beling en su obra "Teoría del Delito" hasta el año de 1906 y es a partir de entonces que se introduce con toda claridad el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) que se patentiza en el hecho de que "solo lo que la ley penal⁷⁰ sanciona como delito es lo que da origen a la aplicación de la pena". Respecto de él, Moreno Hernández, advierte:

"..La tipicidad no pertenece a todas las acciones humanas -antijurídicas y no antijurídicas-, sino sólo a aquellas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio *nulla poena, nullum crimen sine lege*.."⁷¹

En nuestros días, *el principio de legalidad* se ha constituido en bastión fundamental de la libertad del gobernado frente a las facultades punitivas del Estado, pero, en sus orígenes, fortaleció la estructura sistémica tradicional del injusto penal dotándola de mayor coherencia y consistencia. También, puede decirse que el tipo -en sus inicios- se concibió como exclusivamente objetivo y libre de cualquier valoración, aunque, esa primera explicación tuvo que ser modificada, *un poco mas tarde*, debido a que se demostró que existían algunos tipos que en su integración contenían *elementos subjetivos*⁷² y que de no tomarse en cuenta al

⁷⁰ Cuando Beling se percató que con la mera antijuridicidad no basta para caracterizar al delito, porque hay muchos actos antijurídicos y culpables que no son delitos, toda vez que la antijuridicidad viene dada por todo el orden jurídico y no solo por el derecho penal, y genialmente construye el concepto de tipo en 1906, no hizo sino establecer una distinción dentro del "Tatseite" (lado de hecho), de lo objetivo" Zaffaroni Eugenio, Raúl, "Tratado de Derecho penal. parte general" Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 24.

⁷¹ Moreno Hernández, Moisés, "op. cit.", p. 36.

⁷² En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. El legislador, ...los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo. Desde el año de 1867, Merkel y von Ihering aludieron a problemas que se relacionaban íntimamente con esos elementos subjetivos de la antijuridicidad. Después se refieren más o menos impropriadamente a ellos, Thon, en 1878, Hertz, en 1880, Löfler, en 1901; Kolhrausch, en 1903; von Femeck, en 1905; Dohna, en igual fecha; Fischer, en 1911;

momento de tipificar la conducta impedían su total adecuación con la descripción contenida en la ley penal.

Retornando al tema de la causalidad, se hace necesario, precisar la ubicación que *en el elemento acción*⁷³ le asignará Liszt,⁷⁴ y nos avocáremos a recordar su definición, como: "EL ACTO DE COMISIÓN (thun) CONSISTE EN CAUSAR (mejor dicho, PROVOCAR) UN RESULTADO"⁷⁵. Ello, permite sostener que para el causalismo "clásico" la conducta humana - *entendida como movimiento corporal voluntario*- es concebida como la *causa*⁷⁶ desencadenante del cambio en el mundo fáctico (resultado)⁷⁷ y esa mutación se liga de manera lógica y natural por medio de un nexo de causalidad⁷⁸ al actuar humano;⁷⁹ esa visión, evidenció la influencia de las ciencias naturales debido a su basamento de causa-efecto y en nuestros días, centra la discusión; porqué, no debe seguirse sustentando como

Nagler, en el mismo año; Hegler, en 1914, y Mayer, en 1915.." Jiménez de Asúa, Luis *"Principios de Derecho penal. La ley y el delito"* p. 255.

⁷³ Esta idea se percibe en la siguiente afirmación: "En el causalismo la relación causal es parte de la acción, el cual es el primer elemento del delito.." Daza Gómez, Carlos, *"Teoría de la Imputación Objetiva"* p. 68.

⁷⁴..la teoría causal de la acción incluye el resultado dentro de la acción misma.." Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz, *"op. cit."*, p. 255.

⁷⁵ Von Liszt, Franz, *"op. cit."*, p. 304.

⁷⁶..los naturalistas han sostenido el concepto de causa, guiados por los principios fundamentales de su ciencia. Es preciso advertir que el penalista no puede ni debe contrariar la idea de causa entendida de modo naturalista" Jiménez de Asúa, Luis *"Tratado de Derecho Penal"* Tomo III, p. 499.

⁷⁷ El resultado es el cambio o mutación que *-en el mundo material-* la conducta humana ha desencadenado, aunque también debe reconocerse que existen algunos delitos que no requieren de que su resultado se exteriorice, es decir, que en la realidad no se aprecia ninguna alteración o cambio del mundo material (*tentativa*). Por lo anterior es dable afirmar que el resultado en el ámbito penal puede ser percibido de dos formas: como resultado material o formal

⁷⁸ El principio de causalidad en la explicación clásica del delito cumple la función de ser el nexo de unión entre la acción humana y su consecuencia natural que es el resultado o la alteración que se presenta en el mundo material; otorgándosele así, a la conducta humana la categoría de CAUSA; confundiendo, desde entonces, el fundamento teórico de la conducta del hombre que no pertenece al mundo del "ser" *-de las ciencias de la naturaleza-*, sino a las del "deber ser", es decir a las "culturales". Con ello se evidencia la falacia naturalista que pretende aplicarse a las acciones humanas y se yerra en el fundamento metodológico de tratamiento de su estudio como base de la explicación del injusto penal. En relación con lo anterior, vale la pena mencionar que la teoría de la acción final, que se fundamenta en la existencia de las estructuras lógico-reales y en el ontologismo, *-en la doctrina del ser-*, se acercó (*en ese punto*), a lo que pretendió atacar al positivismo.

⁷⁹ "ACTO ES LA CONDUCTA (Verhalten) VOLUNTARIA EN EL MUNDO EXTERIOR; CAUSA VOLUNTARIA O NO IMPEDIMENTO DE UN CAMBIO EN EL MUNDO EXTERNO" Von Liszt, Franz, *"op. cit."*, p. 297.

único criterio de atribución en el ámbito objetivo del tipo a una actuación de antecedente y consecuente de realización necesarios; sino, que ahora, se procura encontrar un criterio *normativo* que posibilite imputar el resultado acaecido como obra de la actuación del hombre. Esa diferenciación, no se hace presente en la siguiente afirmación:

“II.- El resultado debe ser CAUSADO (Provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa efecto (en relación de causalidad).”⁸⁰

Pero, permite derivar los componentes del *principio de causalidad*:

- *Una acción*, que se hace patente en un movimiento corporal voluntario.
- *Un resultado*, que es la modificación o alteración acontecida.
- *Un nexo de causalidad*, que une o liga a la acción con el resultado.

Con esa estructura pudo sustentarse que existe relación de causalidad cuando la conducta del ser humano entendida como causa provoca la aparición del resultado y éste, se liga de manera inequívoca, lógica y natural con el actuar del hombre; eso, puede comprobarse cuando suprimido *–in mente*⁸¹ el movimiento corporal y el cambio o mutación material no se produce. Esa distribución, así considerada y fundada en la teoría de la *conditio sine qua non*⁸² (de la que es partidario Liszt)⁸³ plantea

⁸⁰ *Ibíd.* p. 304.

⁸¹ La crítica que se ha enderezado en su contra, se la hace consistir, en que para su debida comprobación es necesario interrogarnos sobre lo que causó el resultado y si eso se sabe, entonces el ejercicio de su supresión *in mente* es innecesario. Así, lo sostiene Roxin cuando explica: “...Si p. ej. Se quiere saber si la ingestión del somnífero “contergan” durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente...no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones, pero si eso se sabe, la pregunta está de más...” Roxin, Claus, “*Derecho penal. parte general*” p. 350.

⁸² Todas las condiciones que concurren en la realización de un hecho delictivo son de la misma importancia y por tanto todas son causa del resultado delictivo. Con ese fundamento se agranda el campo de aplicación del derecho y se vulnera el principio de legalidad del Estado de derecho al poderse establecer responsabilidad penal en quién no la tiene.

⁸³ “Esto significa que para el Derecho penal se identifica la causación y la provocación (*Veranlassung*), la causa y la condición; mejor dicho, que la provocación del resultado es

diversas fallas y deficiencias⁸⁴ al pretender establecer responsabilidad penal en el activo del ilícito, porque, permite ampliar el campo de aplicación del Derecho penal al posibilitarse la presencia del *regresum al infinito*⁸⁵ que tantas críticas ha cosechado en la doctrina penal. Así, fue evidenciado por Binding,⁸⁶ quién comenta el recurrido ejemplo de que puede establecerse responsabilidad penal en el carpintero que construyó la cama en que yacen los adúlteros, pues, si éste, no la hubiera construido, no existiría esa condición y el resultado no se habría presentado.

III.- Problemas específicos del principio de causalidad en la doctrina denominada clásica:

1.- La acción con fundamento naturalístico de causa-efecto

Es factible sostener que el creador del causalismo al mantener como fundamento de imputación del resultado delictivo el principio causal de corte naturalístico con base en la teoría de la equivalencia de las condiciones enfrentó diversos problemas de muy difícil solución. Precisamente, eso se percibe en el siguiente ejemplo:

“..si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya..”⁸⁷

suficiente..*Todas las condiciones del resultado son, por consiguientes del mismo valor.*” Von Liszt, Franz, “*op. cit.*,” p. 305.

⁸⁴ “DEFICIENTE adj. Insuficiente, Incompleto || Que no llega al nivel requerido. || Que tiene defecto..” Diccionario Enciclopédico Grijalbo, Tomo II, Ediciones Grijalbo, Barcelona España, 1986, p. 584.

⁸⁵ Esta idea parece percibirse de la siguiente afirmación: “La causalidad es un proceso ciego que se proyecta desde y hacia el infinito..” Zaiferoni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia, Alejandro, Stokar, “*Derecho penal. parte general*,” p. 436.

⁸⁶ “Carlos Binding, con su acre ironía, criticó ya las teorías del nexo causal de tipo generalizador, y particularmente la doctrina de la equivalencia de condiciones, diciendo que si éstas tuvieran esa importancia en el orden penal, habría que castigar como coautores en el adulterio no sólo a la mujer que cohabita con varón que no es su marido y al que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama.” Jiménez de Asúa, Luis “*Principios de Derecho penal. La ley y el delito*” p. 225.

⁸⁷ Roxin, Claus, “*Derecho penal. parte general*” p. 346.

En efecto –*en el ejemplo citado*– el consejo de “A” fue determinante para que se realizara en el resultado la muerte de “B” y si recurrimos a la comprobación del nexo de causalidad y suprimimos mentalmente la conducta de “A” el resultado fallecimiento de “B” no acontece. Expuestos los hechos –*de esa manera*– la comprobación del principio causal se cumple y por consiguiente es factible preguntarse: ¿por qué no se sanciona esa acción?; la respuesta es simple: la conducta no es punible, no obstante su basamento de causa-efecto porque ése tipo de situaciones no se encuentran regulados en la norma o no entran dentro del ámbito protector de la ley penal, pues, es innegable, que en los últimos tiempos debido al avance en la tecnología, el hombre soporta riesgos tolerados en el desempeño de sus actividades cotidianas; verbigracia: la conducción de vehículos dentro de los estándares que establece el reglamento de tránsito o la introducción de maquinaria de tecnología de punta, el ejercicio de la medicina dentro de los estándares de la *lex artis*, etc., y a partir de ello, se demostró que existen casos en que se presentan resultados que cumple con los fundamentos de la teoría de la equivalencia de las condiciones y no obstante esas conductas causales resultan irrelevantes para el ámbito penal.

Siguiendo con el estudio de las inconsistencias que el planteamiento causal basado en la *teoría de la conditio sine qua non* ha evidenciado,⁸⁸ transcribamos lo que el padre de la dogmática manifiesta en torno a las *co-causas*:

⁸⁸ Cuando hablamos de deficiencias del principio de causalidad pretendemos establecer que actualmente se cuestiona la posibilidad de explicar los hechos en base a una relación de causa-efecto. Ese cuestionamiento –*en el campo del derecho*– se basa en reconocer que esa relación ya no debe ser la única para poder determinar que se le puede cargar en la cuenta del activo como realización suya el acto penalmente relevante, sino que es preciso atender a principios de carácter normativo para colmar la parte objetiva del tipo penal. A mayor abundamiento, podemos decir que si esto está sucediendo en el campo del derecho, ese acontecimiento no es exclusivo de las ciencias culturales, pues, también en las denominadas “duras” se cuestiona esta forma de explicar los fenómenos en la naturaleza.

"1.El resultado debe ser, también, atribuido al movimiento corporal, como a su causa, cuando no se hubiese producido sin las circunstancias especiales bajo las cuales el acto fue ejecutado, o sin aquellas que sobrevinieron con posterioridad"⁸⁹

Ante ese posicionamiento no importa inferir una herida no mortal, porque atendiendo a otras circunstancias puede ser considerada mortal; así, se aprecia, en el caso de la concurrencia de una *causa simultanea* como la *hemofilia* pues esa situación no admite la posibilidad del análisis normativo (*realización del riesgo creado*) de la conducta desplegada en el plano objetivo; es decir, que la lesión inferida se ha constituido en un riesgo para la víctima, pero, ese riesgo no se ha realizado en el ámbito protector de la norma debido a la constitución particular de la víctima. La segunda parte del comentario del fundador de la doctrina "clásica" es aún más discutible, ya que, *la herida o lesión inferida a la víctima sigue considerándose como la causa de la muerte del pasivo*, aún y cuando, éste, fallezca en un incendio en el hospital. Obsérvese cómo la aplicación del ámbito penal tiende a ampliarse con ese fundamento, pues, a la lesión no mortal se le añade la consecuencia del incendio del hospital, siendo ésta última condición la que provocó el resultado fatal y sin embargo, se afirma, que la lesión fue la causa de la muerte del pasivo porque de no habersele lesionado, éste, no hubiera tenido que ir al hospital donde fallece. Con razón *-en nuestros días-* se cuestiona esa explicación, debido a que no se puede imputar el resultado muerte a quien infirió una lesión no mortal cuando el desenlace se produce como consecuencia de un incendio en el hospital; por ende, quién lesionó creó un peligro, pero, éste, no se materializó en el ámbito protector de la norma.

Liszt, también aborda el caso de las causas *simultaneas* o *subsecuentes* y nos dice:

⁸⁹ Von Liszt, Franz, "op. cit.," p. 306.

"2. El resultado debe ser, también, atribuido al movimiento corporal, como a su causa, cuando no se hubiese producido sin el concurso simultáneo o subsiguiente de otros actos humanos.."90

Luego, no se puede dejar de lado la existencia de la causalidad en aquel supuesto en que:

"..la amante le entrega a su amigo un veneno, con el que éste mata a su esposa, aquélla ha causado la muerte de ésta aunque no conoció el fin para el que se iba a emplear el veneno"91

Pues, si bien, entre la conducta de la amante y la víctima se encuentra la actuación dolosa del activo, no es dable, dejar de considerar -*con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones*- el hecho de que si se suprime mentalmente la actuación de la amante el resultado muerte de la esposa no acontece y por eso el nexo de causalidad respecto de su acto se cumple. Continuando con esa línea también podrían incluirse aquellos casos en los cuáles entre la actuación del activo y el resultado se presenta la actuación de otras personas: piénsese, en la negligencia del médico que atendió al lesionado o la conducta imprudente del pasivo (*al mantener en constante descuido su herida después que ha sido atendida debidamente*); actuaciones -*que en su caso*- desencadenaron el resultado fatal y por lo tanto, no pueden imputarse a la lesión inferida en el cuerpo del pasivo porque, aquélla, no era mortal. Así, pudo apuntarse: la causalidad que liga al activo con el resultado no se ve afectada por la constitución física de la víctima o por la actuación de un tercero. Ese tipo de soluciones -*poco afortunadas*- tienen el defecto de agrandar el campo de aplicación del derecho en perjuicio del gobernado, pues, es evidente, que al intervenir terceras personas en los cursos causales y al considerar que esa actuación fue decisiva para la generación del resultado penalmente relevante no debe seguirse considerando que la actuación inicial propicio el

⁹⁰ Von Liszt, Franz, "op. cit.," p. 306.

⁹¹ Roxin, Claus "Derecho penal. parte general" p. 356.

resultado que ha sido provocado por la acción de un tercero, por ende, debe cuestionarse la postura de Liszt debido a que permite que se amplíe el campo de aplicación del derecho en perjuicio del infractor del código punitivo.

2.- La omisión, considerada con base hipotética de causa-efecto

En la omisión⁹² es donde el fundamento naturalístico de causa-efecto se rompe de manera inevitable, siendo indiscutible, que el no hacer naturalísticamente considerado no produce nada. Una primera solución al problema que representaba la inactividad del hombre consistió en acudir a *la otra acción* que desarrollaba el activo y que le impedía realizar la conducta que de él se esperaba, originándose *-de ese modo-* la teoría del *aliud actum, aliud facere, (el otro acto; el otro hacer)*. Para conocer la manera en que funciona esta postura explicativa pensemos en el ejemplo de la madre que deja de alimentar al niño recién nacido a causa de sus quehaceres domésticos y el infante muere. En el supuesto referido la madre no realiza ningún movimiento corporal desde el punto de vista naturalístico; no obstante, la muerte del recién nacido se produce; si se juzga el otro hacer de la madre puede decirse *-en forma desafortunada-* que la muerte del infante se produce porque la madre hace la comida, lava la ropa, etc.

En la búsqueda de un fundamento mas convincente se acudió al criterio del *actuar precedente*; es decir, a la conducta anterior a la que se omitió y que produjo el resultado imputado y con esa explicación se actualiza el

⁹² El artículo 7, Párrafo segundo, del Código Penal Federal, establece: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente" *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 3.

defecto de considerar una conducta anterior a la no ejecutada como base de imputación y se deja de atender al deber de actuar que impone la norma. Finalmente, es Mezger quien acierta, pues, explica que el fundamento de la omisión es totalmente distinto a la acción y que no se debe buscar una causalidad material, sino jurídica, debido a que en ésta, no existe ningún movimiento físico del activo y por lo tanto, habrá que apoyarse en lo que la norma penal espera que se realice para que no se produzca el resultado desaprobado. Un poco mas adelante volveremos sobre lo aquí expuesto.

En el caso del sistema "clásico" la inactividad humana fractura sin remedio la explicación naturalística que en la acción se había adoptado. Por eso, *Liszt* buscó equiparar a la actividad con la inactividad, de la manera siguiente: "Bajo ciertas condiciones...el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo."⁹³ Es decir, para afirmar que una persona con su inactividad provoca un resultado material y relevante en el campo del derecho penal se tuvo que reconocer que de haber actuado *-principio de la acción esperada-* se habría evitado el resultado (*principio de la causalidad hipotética*) lo que se hace patente en el momento en que al realizarse un ejercicio intelectual podemos establecer que de haberse desarrollado la actividad omitida el resultado no se produce. Con ese basamento, se pretendió equiparar un no hacer a un hacer y se fundamentó la inactividad humana en el campo naturalístico; aunque, en realidad, es un hecho indiscutido que con la omisión no se produce nada y por eso se genera una ficción en el campo jurídico. En verdad, podemos afirmar que la omisión encuentra su fundamento de imputación no en la causalidad hipotética de causa-efecto sino en el deber que impone la norma jurídica de actuar para evitar la producción del resultado; ello, parece evidenciarse en la siguiente

⁹³ Von Liszt, Franz, "op. cit.," p. 315.

expresión: "...sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equiparse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo..."⁹⁴ Aquí, se puede percibir la raíz de lo que más tarde se estableció como fundamento de la imputación del resultado en la parte objetiva del tipo, pues, Liszt, influenciado por el pensamiento de su tiempo buscó fundamentar la omisión en la relación de causa-efecto; aunque, en la omisión, lo que se hace evidente, es su fundamento normativo; es decir, la imputación no se funda en una ficción como lo es la causalidad hipotética, sino, en un deber impuesto por la norma que obliga al activo del delito a impedir el resultado penalmente relevante. Pese a ello, la omisión con base hipotética de causa-efecto se impuso y su comprobación se adecuó a los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁹⁵ Así:

"..suponiendo hipotéticamente realizada la acción esperada por el Derecho, sin que el resultado se produzca, se constata que la acción esperada se liga causalmente con el evento y que su omisión constituye su causa..."⁹⁶

IV.- Problemática de la doctrina clásica

La sistemática denominada "clásica" partió de considerar a la conducta humana como una relación de causa-efecto y por eso, evidenció debilidades e insuficiencias; para demostrarlo, baste decir, que en la tentativa⁹⁷ que": ..responde a una formula legal que amplía las descripciones de

⁹⁴ *Ibid.* p. 316.

⁹⁵ En este sentido se pronuncia, Medina Peñalosa: "...la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido el marco de solución del nexo entre omisión y resultado, al amparo de la denominada "Teoría de la causalidad hipotética" y la proclamación del "Principio de Evitabilidad.." Medina Peñalosa, Sergio Javier: "La imputación jurídico penal" Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Enero-Junio de 2001/Año 1. Volumen 1, Número 1, Toluca Estado de México, p.119.

⁹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, "La causalidad en el Delito" p. 184.

⁹⁷ "...ya en la determinación del concepto de tentativa fracasa la teoría causal de la acción: la tentativa no es un mero proceso causal al que falta el efecto, sino una acción que apunta a un resultado propuesto, luego una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo, ¿Cómo podría definirse de otro modo una tentativa de homicidio sino como una

materia de prohibición hechas por el texto legal en sus tipos de la parte especial.⁹⁸ Allí, se centraron las principales críticas, pues, si no se atendía a la intención con la que el activo desplegó su actuar en el mundo fáctico no era posible encuadrar su conducta en la descripción típica correspondiente, ya que “nada se puede decir sobre un puñal que hiende el aire si se ignora con qué finalidad fue lanzado.”⁹⁹ Siendo, así, debido a que con la tentativa no existe resultado en el mundo material perceptible por los sentidos y para solucionarla *la doctrina “clásica”* tenía que trasladarse al elemento culpabilidad y analizar la intención con la que el activo desplegó su actuar para después regresar al tipo y encuadrar la acción exteriorizada con la descripción abstracta contenida en la ley penal. Empero, ese tipo de respuesta, rompía con el esquema del escalonamiento de la sistemática “clásica”, porque, únicamente, se puede acceder al análisis de la tipicidad de una acción, después de saber que, ésta, se ha exteriorizado de manera libre y voluntaria y por tanto, en su materialización no concurre ninguna circunstancia que actualice su aspecto negativo *-ausencia de conducta-* y que analizaremos la antijuridicidad después de determinar que la acción ha encuadrado de manera perfecta en la descripción contenida en el tipo y que no podremos acceder al siguiente nivel *-la culpabilidad-* sin haber determinado que en la realización de esa conducta humana no concurre ninguna causa de justificación que destruya su carácter ilícito. Es decir, un escalón se constituye en el presupuesto o antecedente inmediato del siguiente *-la tipicidad es presupuesto de la antijuridicidad y ésta, es el antecedente de la culpabilidad-*.

Otro problema, si bien, no suficientemente destacado, es el considerar a la conducta humana de corte naturalístico de causa-efecto como adecuada

acción mediante la cual el autor pretende la muerte de un hombre?..Ante esto, fracasa toda interpretación causal de la acción”. Weizel, Hans, “*op. cit.*,” p. 48.

⁹⁸ Zaffaroni Eugenio, Raúl, “*Tratado de Derecho penal. parte general,*” Tomo III, p. 25.

⁹⁹ *Id.*

para producir efectos en el campo del derecho; esto es, el legislador cuando selecciona las conductas humanas que deben ser calificadas como relevantes por el orden normativo está tomando en cuenta únicamente aquellas conductas que se adecuan a esa estructura naturalística, afirmación que podemos calificar de poco afortunada, porque, las conductas se basan en la libertad de voluntad del hombre y no en acontecimientos regidos *–forzosamente–* por un antecedente y su consecuente de realización necesaria e irremediable como ocurre en la naturaleza y ese fundamento erróneo, se hizo mas evidente, con el advenimiento de la existencia de los elementos subjetivos del tipo, donde para el debido encuadramiento de la acción exteriorizada en el mundo fáctico era necesario atender a las especiales tendencias, motivos o intenciones del activo al momento de exteriorizar su conducta. Luego, pudo acuñarse la siguiente frase: "El tipo y, por lo tanto, también el resultado típico, no es algo naturalmente dado de antemano, sino un producto del legislador"¹⁰⁰

Si *-como lo hemos advertido-* en el fundamento naturalístico de la acción se percibieron problemas, también, se observa esa situación, en la parte subjetiva del injusto, donde, Liszt, explicó a la culpabilidad como la relación psicológica del autor con su acto en forma de dolo o de culpa; pues, las llamadas "especies" de culpabilidad tropezaban con problemas, ya que, no podían dar respuesta satisfactoria al porqué no se Punía la actuación de aquel náufrago que en *estado de necesidad* sacrificaba a su compañero de infortunio debido a que la tabla de que disponían únicamente soportaba el peso de uno de los dos o cómo explicar la *culpa inconsciente* donde el activo ni siquiera se representó el evento penalmente relevante. De ahí que *Welzel* sentencie: "la culpa inconsciente

¹⁰⁰ Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, "op. cit" p. 253.

fue el primer escollo que no pudo franquear la concepción psicológica de la culpabilidad”¹⁰¹

Por lo que hace al delito culposo,¹⁰² en donde, lo que adquiere relevancia penal es la inobservancia del deber de cuidado, el causalismo lo resolvió *-en forma desafortunada-* declarando que entre la acción que se ejecuta violentando ese deber de cuidado y el cambio en el mundo fáctico existe una relación de causa-efecto que se resuelve acudiendo a los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones y nuevamente se hace presente que al actuar sin la debida diligencia se le busca vincular a un fundamento naturalístico de antecedente y consecuente de realización necesaria, sin prestar atención, al hecho, de que lo que en realidad trasciende en el ámbito del derecho, es la infracción del deber de cuidado, siendo un problema normativo y no causal naturalístico. Por eso, no nos resulta difícil entender él porque fue necesario buscar otros fundamentos que resolvieran esos cuestionamientos.

V.- Fundamentos del causalismo valorativo y el problema causal

A la etapa siguiente se le conoció como causal valorativa y se le dio ese nombre debido a que enlazó los conceptos jurídicos a “fines” y “valores”; a pesar de eso, continuo sosteniendo como base de la conducta del hombre a una acción con base naturalística de causa-efecto;¹⁰³ conservándose

¹⁰¹ Welzel, Hans, *op. cit.*, p p. 167, 168.

¹⁰² El ARTÍCULO 9, Párrafo segundo, del Código Penal Federal, establece: “Otra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 4.

¹⁰³ “Es importante no perder de vista que el concepto positivista de acción, como proceso derivado de una inervación muscular, constituye la base de la futura dogmática enraizada en la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana, cuyo concepto sería años más tarde revisado en 1931 con el estudio *Kausalität und Handlung* de Hans, Welzel, sentando las críticas que sirvieron para la elaboración de la doctrina finalista” Medina Peñalosa, Sergio Javier, *Teoría del delito*.

vigentes las críticas en contra de ese primer peldaño de la sistemática del injusto; aunque, tampoco, se debe de dejar de reconocer los adelantos que logró en otros elementos. Entre éstos avances, pueden señalarse: se aceptó en el tipo la existencia de elementos subjetivos¹⁰⁴ y normativos¹⁰⁵ y en la culpabilidad se aceptó el juicio de reproche de carácter normativo impuro (pues, se seguía contemplando como elementos de la culpabilidad al dolo y la culpa). Pero, ¿cuál es el fundamento teórico-metodológico que sustentó la teoría causal valorativa?¹⁰⁶ Roxín responde:

“En el ámbito del Derecho penal alcanzo influencia decisiva la Escuela neokantiana, en su vertiente de la llamada Filosofía de los valores de Alemania suroccidental, que distinguía entre el reino del ser (concebido empíricamente y exento de valores) y el reino de los valores que surgen de lo dispuesto por el ser humano, concibiendo los fenómenos culturales como producto de la transformación de la realidad exenta de valores por parte del espíritu humano, que instituye sentido y finalidad. A partir de ahí, los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducirse de la realidad, sino que precisamente se le añaden a ésta por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de finalidad. Así, «la totalidad de los objetos accesibles al Derecho se reviste a la vez

Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva 2ª Edición, ed., Ángel Editor, México 2003, p p. 81, 82.

^{104a}...a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales...Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico.. Estos momentos han sido reconocidos desde hace mucho tiempo por la doctrina como “elementos subjetivos del injusto” sus descubridores y estudiosos fueron H. A Fischer (*Rechtswidrigkeit*, 1911), Hegler, z 36 (1915).. y Mezger...” Welzel, Hans, “*op. cit.*,” p. 93.

¹⁰⁵ “Otras veces el legislador instala en el tipo *elementos normativos*. Diversamente concebidos por Mayer y Mezger. Este último, no sólo engloba bajo esa rúbrica los elementos de mera índole normativa en que el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, sino también los que exigen una valoración jurídica (como la ajeneidad de la cosa en el hurto y en el robo), o una valoración cultural (como la honestidad exigida a la mujer en ciertas formas de los delitos sexuales). Dado el papel que, a nuestro juicio, desempeñan esos elementos normativos...se expresan con los calificativos de “ilegítimo” o “ilegítimamente”, “indebidamente”, “sin autorización del Gobierno”, “sin estar autorizado por la ley”, “ilícitamente”, sin autoridad o sin derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, o sin razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar a un animal ajeno “sin necesidad”, etc.” Jiménez de Asúa, Luis “*Principios de Derecho penal. La ley y el delito*” p. 257.

¹⁰⁶ “Como antecedente en el campo filosófico, DILTHEY acude al concepto de “ciencias del espíritu”, postulando que las ciencias naturales y espirituales no se distinguen por su objeto, pues en ambos casos se trata de la misma materia fenoménica, sino por las categorías a priori, mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. Surge así la corriente neokantiana de la filosofía de los valores...” Medina Peñalosa, Sergio Javier, “*Teoría del Delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*” p p. 80, 81.

con un tejido teleológico» y los fenómenos jurídicos aparecen como «productos de la formación de conceptos de las ciencias culturales». «Los conceptos exentos de valoración...pierden su carácter naturalístico, experimentando una transformación teleológica, específicamente jurídica, en conceptos plenos de valoración». El método teleológico-normativo inicio su marcha triunfal.¹⁰⁷

Con esa dirección se procuró un alejamiento del positivismo; al reflexionar que la realidad es un caos difícil de penetrar y es el sujeto cognoscente –*con base en la razón*- quién puede instituir lo que es valioso o disvalioso y por eso, es, que el legislador –*en los tipos penales*- protege los valores fundamentales de la sociedad y asigna sanción a quien trastoque la norma penal; ello, hizo patente la vinculación de los conceptos jurídicos a fines y valores, porque, lo que interesa proteger no es el denominado fenómeno de corte causal-natural sino a los valores denominados “de cultura” que permiten la convivencia de los hombres en la sociedad.

Vale la pena acentuar que para esta postura explicativa el derecho no se introduce en la realidad por que no puede sino que las ciencias denominadas de “cultura” (*dentro de las que se ubica al derecho y específicamente al derecho penal*) crean lo que valora o desvalora y establece en los tipos penales la norma de cultura que se desea proteger. Luego, cuando en la ley se menciona que se impondrá “X” pena a quien prive de la vida a otro, en realidad, se busca proteger el bien jurídico “vida”, però, también, se contiene la prohibición implícita del “el no matarás”, pues, la vida es el bien más valioso de que dispone el hombre y por eso quien trasgrede o no acate lo ordenado por la norma no solo va en contra de la ley sino también de la norma de cultura contenida en ella. Desde, entonces:

¹⁰⁷ Roxin, Claús, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal” p p. 26,27.

“..quedó descubierto el mundo de los valores que, por relación al mundo de la cultura, realiza la función de las ideas regulativas, mismas que ...hacen posible el conocimiento de la realidad en general...”¹⁰⁸

Esa nueva propuesta teórico-explicativa no escapó a la crítica, así, lo revela, Zaffaroni:

“Con la variante neo-kantiana del esquema causal se procura un retorno al esquema aristotélico, particularmente por la introducción de la culpabilidad (la llamada “concepción normativa”), pero sin embargo, pese a ese intento filosófico, no llega a la reinsertión de las categorías que lógicamente se desprenden del análisis no causal, precisamente porque el neo-kantismo se esforzó por sostener la vigencia de la estructura analítica proveniente del positivismo dualista de Liszt – Béling.”¹⁰⁹

En efecto, la división del delito que realizarán Liszt-Béling, en una parte objetiva y subjetiva, dejando la primera para el *tipo* y la *antijuricidad* y la segunda para la *culpabilidad*, siguió en el mismo tenor en la postura neoclásica y eso determinó la existencia de fallas e inconsistencias, porque, en el tipo se aceptaron elementos diferentes a lo objetivo – *elementos subjetivos y normativos*– mientras que en la culpabilidad también se admitió que ésta era algo más que la sola relación psicológica del autor con su acto en forma de dolo o culpa y para su debida integración se tendría que acudir a otros elementos (*imputabilidad, exigibilidad de la conducta*).

Por otra parte, compartimos el punto de vista de quienes sostienen que en la acción se procuró sostener su base causal-naturalística y debido a ello, la problemática de las insuficiencias del principio de causalidad basado en la teoría de la equivalencia de las condiciones y de su comprobación –*vía supresión en mente*– de la acción que produce el resultado penalmente relevante, siguió igual; para demostrarlo, baste citar, la manera en que la jurisprudencia del Tribunal del Reich la aplicaba, sin reconocer la existencia de *co-causas*:

¹⁰⁸ Márquez Piñero, Rafael, “La fundamentación básica del Derecho penal” p. 389.

¹⁰⁹ Zaffaroni Eugenio, Raúl, “Tratado de Derecho penal. parte general,” Tomo III, p. 35.

“..La concurrencia de otras circunstancias, por ejemplo, la peculiar constitución física o psíquica del lesionado, es irrelevante y por lo tanto no excluye la causalidad (...enfermedad escrofulosa de los ojos; ...caso de hemofilia;...aparición de una enfermedad mental favorecida por la constitución tarada del lesionado). También la evitabilidad del resultado, por ejemplo mediante una intervención quirúrgica...es irrelevante. Y lo es, así mismo, la intervención de otras personas..., sea ésta culposa ...revolver en el guardarropa de un teatro) o dolosa...Por consiguiente, la conducta del lesionado excluye la causalidad solamente si el resultado no puede ser atribuido a la conducta del autor...El tribunal del Reich vuelve a expresar que es suficiente que la acción sea una condición del resultado...”¹¹⁰

Como se observa, se hace indudable, el dominio de la explicación del principio causal en términos naturalísticos con apoyo en la *teoría de la conditio sine qua non*; con todo, debe acotarse, que uno de los máximos exponentes y figura central del planteamiento causal valorativo, Edmundo Mezger, al percatarse de la ampliación en que se incuría con la teoría dominante y pretendió limitarla, adhiriéndose al *criterio de la relevancia jurídica*; esto es, que sin dejar de lado la importancia de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* buscó reducir su ámbito de aplicación a aquellos casos en que la conducta humana haya sido adecuada para producir el resultado y resulte relevante para el tipo penal; por esto, se le reconoce ser antecesor de la teoría de la imputación objetiva. En torno al principio de causalidad, escribió:

“..La causalidad (relación de causalidad) presupone que no se puede suprimir un suceso determinado (la “causa” y, por consiguiente, el acto de voluntad y su actuación) sin que con ello desaparezca también el “efecto” del mismo en su forma concreta, en otras palabras, aquel suceso es la “conditio sine qua non” del resultado. En caso de que la víctima hubiera sobrevivido si no le hubiesen hecho tomar un veneno, la administración del veneno es la causa de la muerte.”¹¹¹

Aquí, se aprecia el reconocimiento y la vigencia de la teoría dominante y su medio de comprobación de la supresión en mente de la conducta y si el resultado no se produce entonces se dice que *—la acción—* no pudo producir el cambio en el mundo material. En el ejemplo *-del profesor de Munich-* no

¹¹⁰ Mezger, Edmund, “*op. cit.*,” p p. 111, 112.

¹¹¹ *ibid.* p p. 108, 109.

se aprecia dificultad para estimar que el planteamiento dominante es el correcto, de hecho, así lo reconoce: "El principio de la *codicio sine quan non*...se pone de manifiesto como un recurso general e infalible para la demostración de la conexión causal.."112 y sí, eso es así, es dable preguntarse: ¿por que se muestra partidario de la teoría de la relevancia? la respuesta puede encontrarse en las criticas que se enderezaron en contra de aquella postura, entre las que se localiza una concluyente y eficaz: "...no existen en el campo de las ciencias naturales condiciones negativas (delitos de omisión).."113 además, debe mencionarse que Mezger acepta la teoría de la adecuación "...que quiere limitar el concepto causal en materia jurídico penal.."114 y abraza sin limitación alguna la relevancia jurídica como aquella explicación que de mejor manera y de forma más acertada soluciona el problema de cuando debe atribuirse a un individuo un resultado penalmente relevante, abandonando la: "...orientada en sentido científico-natural.."115 y sentando las bases para una imputación con fundamentos normativos; así, se aprecia en el siguiente comentario: "En el esquema neokantiano el problema recibió una ubicación más correcta, al distinguir entre la causalidad como dato y su relevancia jurídica o típica como criterio valorativo"116 aunque, se le critica, él que no haya fijado los criterios en que se fundamentaría.

VI.- Fundamentos del Finalismo,¹¹⁷ el problema causal y sus principales deficiencias

El finalismo, con otro basamento teórico-filosófico,¹¹⁸ pudo dar respuesta al in-solucionable problema *que para sus antecesoras representaba la*

¹¹² *Ibid.* p. 109.

¹¹³ *Ibid.* p. 112.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 111.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 112.

¹¹⁶ Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; ,Alejandro, Slokar, "Derecho penal. parte general," p. 342.

¹¹⁷ "la corriente finalista del Derecho penal es aquella que —contrariamente a la posición causalista— desvalora más lo que un determinado sujeto quiso (Intención), que lo que particularmente haya hecho (desvalor del resultado)." Zaragoza Martínez, Edith Mariana, "op. cit.," p. 65.

tentativa e introduce la discusión en torno a la acción humana con sentido final; logrando, además, la aceptación *con carácter de definitiva* de la ubicación del dolo en el tipo, es decir: "...la acción se ubica a nivel tipo penal y la misma suerte siguen el dolo y la culpa"¹¹⁹ Para ello, se partió del reconocimiento de la existencia de las estructuras *lógico-objetivas* entre las que se encuentra la acción humana con sentido final. Es decir:

"...la teoría de la acción final se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenómeno-lógicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por Welzel) lógico reales (o lógico - objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe de proporcionar a la dogmático jurídico penal perspectivas permanentes e incommovibles."¹²⁰

Con esa nueva orientación, a la acción humana *-que hasta ese momento, únicamente se había reconocido con un fundamento de causa efecto-*¹²¹ se le explica a partir de considerar el que el hombre es el único ser que atendiendo a su saber causal puede prever las consecuencias de su actuación y dirigirla finalísticamente hacia la meta deseada; haciéndose innegable la diferencia entre causalidad y finalidad, pues, en la primera, se aprecia una estructura de antecedente y consecuente de realización necesarios unidos de manera lógica y natural, patentizándose *-de ésa*

¹¹⁸ "La teoría final de la acción, fundada por Welzel y continuada especialmente por Busch, Niese, Eranterwerth y Armin Kaufmann, encuentra su origen en la filosofía de Hönlwald (*Bases de la filosofía del pensamiento*) y N. Hartman (*El problema del ser espiritual...*" Maurach Reinhart Maurach, Zipf Heinz, "op cit" p. 255.

¹¹⁹ Plascencia Villanueva, Raúl, "Teoría del delito", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 44.

¹²⁰ Roxin, Claus, "Derecho penal. parte general" p. 201.

¹²¹ "Toda acción es un poner en servicio la causalidad; por consiguiente, ella es un momento integrante de toda acción y en la mayoría de los tipos penales no presenta problemas en absoluto, p. ej., en "sustraer"... Solo en algunos pocos delitos (sobre todo en delitos de homicidio, de lesiones, de incendio) puede tomarse problemática y aún en ellos sólo en casos límites. Eso sí que en esos casos puede plantear, en cierta medida, problemas muy difíciles." Welzel, Hans, "op. cit.," p. 51.

manera- su basamento en la ley natural de causa-efecto; mientras que la segunda, confiere singular importancia a la finalidad o meta hacia la cual se dirige el actuar del hombre y para su logro se vale de su conocimiento del curso causal de los acontecimientos, de la selección de los medios que le permitirán dirigir ese acontecer causal hacia la meta previamente seleccionada. Acuñándose, de ese modo, la conocida frase: "*la causalidad es ciega y la finalidad es vidente*".

En otro orden de ideas, se puede aseverar, que el principio causal para el Finalismo no es un concepto jurídico o lógico-natural como se había aceptado, sino que se constituye *en una categoría del ser*. Por tanto:

"El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera vinculación lógica y menos una simplemente "ideal" de diversos acontecimientos, sino la conexión regular en la sucesión del acontecer real, no perceptible, es cierto, pero sí posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, tan real como el acontecer mismo. El derecho tiene que partir también de este concepto causal "ontológico"; no existe una causalidad jurídica especial (no todos los cursos causales, esos sí, son también jurídicamente relevantes)¹²²

Siguiendo a Welzel cabe apuntar que para efectos del establecimiento de la responsabilidad penal por el resultado no resultan relevantes: *la especial constitución de la víctima, su actuar negligente, la intervención de un tercero, etc.* Ello, se percibe, en el siguiente comentario:

"...una acción es causal, aunque haya producido el resultado solamente en razón de la especial constitución corporal o anímica del ofendido (p. Ej., un "hemofílico",...o a consecuencia de su propia imprudencia (falta de cuidado) de la herida,...o de resultas de la interposición de un tercero (negligencia del médico)."¹²³

Como puede estimarse, el problema causal aún y cuando se encontró inmerso en otro tratamiento teórico-metodológico siguió manteniéndose estático en su desarrollo dialéctico y no fue sino hasta la presentación de la

¹²² *Id.*

¹²³ *Ibid.* p p. 51, 52.

postura de Roxin que se evidenciaron sus problemas y se propuso una alternativa de solución de carácter normativa. Pese a lo anterior, se reconoce que gracias a la estructura lógico-real que mantuvo la conducta final del hombre, *pudo sustentarse*, que:

“..El Derecho Penal puede dirigirse al hombre, prohibiéndole u ordenando, solo porque el hombre es capaz de un obrar con conciencia final; las prohibiciones y los mandatos del derecho, pues, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino solo a las acciones, que pueden configurar finalmente el futuro. En definitiva, las normas solo pueden mandar o prohibir una conducta final..”¹²⁴

En consecuencia, el derecho penal no puede contener en sus regulaciones cualquier contenido, sino, que sus mandatos o prohibiciones deben observar la estructura ontológica de la acción y por eso la actividad del legislador deberá respetar los límites inmanentes del modelo lógico-objetivo de la conducta humana, ya que, de no ser así, sus regulaciones serían artificiales, falsas.

La teoría de la acción final aportó las siguientes consecuencias:

“El dolo, en cuanto elemento subjetivo del tipo, pasa a formar parte de los hechos subjetivos del ilícito...en la teoría de la antijuridicidad se impone en general la significación de los elementos subjetivos de justificación. La culpabilidad del delito doloso pierde el carácter dualista que tenía hasta entonces y pasa a ser un juicio de valor puro. La conciencia potencial de la ilicitud encuentra su lugar dentro de la culpabilidad. La teoría del error es objeto de un nuevo orden...”¹²⁵

VII.- Problemática de la doctrina de la Acción Final

Como se ha venido mostrando las construcciones sistemáticas que explican al injusto penal no han escapado a un proceso de discusión profundo y reflexivo; pues, tan pronto como sus postulados son calificados de modernos y avanzados de inmediato son sometidos a un torbellino

¹²⁴ Moreno Hernandez, Moisés, “*op. cit.*,” p p. 44, 46.

¹²⁵ Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, “*op. cit.*,” p. 257.

discursivo que evidencia sus debilidades e insuficiencias; la teoría de la acción final, también, es sometida a ese proceso dialéctico de discusión y respecto de ella, se puntualiza:

“..la llamada teoría de la acción finalista omite una distinción suficiente entre la finalidad ontológica de la acción y su relación con una finalidad debida. Esta falta de claridad tiene su origen,..en una errada concepción del hecho culposo...”¹²⁶

Es cierto, la crítica que se dirige contra la doctrina de la acción final, se funda en la imposibilidad de explicar –con su base ontológica- a la culpa; porque, en ésta, la finalidad de la conducta no es relevante para el derecho y sí -adquiere ese carácter- la infracción al deber de cuidado de ese actuar final; es decir, el proceder hacia el cual el hombre dirigía su actividad final es ajeno al mundo jurídico, pero, adquiere importancia su actuar imprudente o negligente en la consecución de esa meta u objetivo previamente seleccionado y genera consecuencias socialmente intolerables que deben sancionarse con una pena. En efecto, esa explicación de la culpa rompe con el esquema ontológico de la estructura de la acción final; así, lo refiere la doctrina penal:

“..Los ataques contra la teoría final de la acción eran justificados en la medida en que se dirigían contra la finalidad en los delitos culposos. Originalmente..la finalidad estaba referida al resultado típico también en el caso de hechos no dolosos. Sin embargo debido a que estos hechos se caracterizan por la falta de un nexo psicológico entre la voluntad dirigida y el resultado reprobado, la finalidad actual de los delitos dolosos requería ser transformada en una finalidad potencial en los hechos culposos; el hecho culposo es “actividad final evitable”. Empero esta posición fue rechazada...persiste como objeción decisiva que la finalidad (con especial claridad en los casos de culpa inconsciente..) no se refiere al resultado que sirve de base a la responsabilidad penal..”¹²⁷

Aunado a lo anterior, se debe subrayar que lo que realmente trasciende en el mundo del derecho *en el caso del delito culposo es la inobservancia*

¹²⁶ Mezger, Edmund, “op. cit.,” p. 92.

¹²⁷ Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, “op. cit.,” p. 259.

del *cuidado debido* que impone la ley y se deja de lado la relación de causa-efecto con tintes naturalísticos. Sin embargo, para resolver la atribución del resultado penalmente relevante al activo en el injusto imprudencial, se acudió a la:

“..teoría de la equivalencia de las condiciones, argumentando que basta con que exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado una mera relación de causalidad..para la realización del tipo de lo injusto..”¹²⁸

Y a partir de eso, se busca fundamentar una relación de causa-efecto donde no existe; en fin, es irrefutable, el delito culposo representó un problema de muy difícil solución para la teoría de la acción final.

Al mismo tiempo, la *omisión* se constituyó en un grave problema, para probarlo baste citar lo que *-en forma contundente-* Cerezo Mir, nos comenta:

“Es evidente que el concepto finalista de acción no puede servir de concepto genérico que englobe a la omisión, pues en esta faltan, como ha señalado Armin Kaufmann, la causalidad y la finalidad.”¹²⁹

Justamente, por eso, se debe aceptar que para la estructura final de la acción *la omisión* se constituyó en el problema más complejo de solucionar, pues, en ella, no existe la relación de causalidad, ni tampoco la finalidad; quedando demostrado *-una vez más-* que la causalidad no es suficiente para fundamentar el resultado penalmente relevante y se debe atender a un criterio de carácter normativo que nos permita apreciar el *deber jurídico* que le impone la ley penal al sujeto activo y que lo obliga a actuar para evitar el daño o peligro a que se ve sometido el bien jurídico.
En:

¹²⁸ Medijna Peñalosa, Sergio Javier, “La imputación jurídico penal” p. 121.

¹²⁹ Cerezo Mir, José, “El Finalismo” Criminalia, Año LXIII, No 2, Mayo-Agosto de 1997, ed., Porrúa, p. 84.

“...esencia, lo que explica una relación entre un “no hacer” y un “resultado” es la existencia de un deber jurídico, que no es otra cosa que postular un nexo eminentemente normativo-valorativo, donde el Estado, a través del Derecho, valora la protección de algunos bienes jurídico en una situación especial de peligro exigiendo ciertos patrones de comportamientos “esperados” a sus agremiados, ya sea por la valoración que se hace ante el constante progreso técnico, el incumplimiento de deberes morales tipificados por el debilitamiento de la conciencia o por el incumplimiento de un deber de solidaridad”¹³⁰.

En ese panorama, hemos apuntado *algunos* de los problemas que la doctrina finalista enfrentó y que motivó que se continuaran buscando nuevas y mejores respuestas a la problemática planteada; con ésta idea, en las últimas tres décadas *surgen en Alemania* nuevos esfuerzos teóricos que tienden a presentar una respuesta a las insuficiencias y problemas que evidencian las teorías que explican los contenidos de los peldaños de la estructura del delito y en los que evidentemente se encuentra nuestro objeto de estudio: *el principio de la causalidad*. Es el jurista, Claús Roxin, quien ha puesto en la mesa de la discusión la posibilidad de vincular los contenidos de la estructura sistemática del delito -*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*- con la Política Criminal, basándose -*para ello*- en los fines del derecho penal y en criterios prevencionistas de la pena y quien -*de manera moderada*- ha elaborado criterios de carácter normativo que buscan superar el principio de causalidad con base naturalística de causa efecto.

VIII.- El Modelo Lógico Matemático

En el marco del estudio de los presupuestos jurídico-penales que fundamentan la reacción punitiva del Estado encontramos los esfuerzos de Elpidio Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, quienes aportaron a la ciencia penal su “*Modelo lógico matemático*”. De González Mariscal¹³¹ al

¹³⁰ Medina Peñalosa, Sergio Javier, “*La imputación jurídico penal*” p p. 119, 120.

¹³¹ Con, Elpidio Ramírez, estudió al derecho penal a partir de la lógica formal simbólica, originándose el “*Modelo lógico matemático del derecho penal*”. Su explicación -*donde también se aborda la teoría del tipo y de la punibilidad*-, busca vincular lo abstracto de la norma penal -*la ley*-

establecer el fundamento del cual partió¹³² menciona los siguientes niveles, un:

"..nivel fáctico, en el cual se sitúan las acciones y las omisiones antisociales relevantes para el legislador. Es un nivel prejurídico, que en algún aspecto corresponde a la concepción antológica de los finalistas..un nivel normativo, en el que se ubican las normas penales generales y abstractas emanadas del legislador, cada una de las cuales incluye un tipo y una punibilidad, en relación con los sujetos imputables"¹³³

Es evidente -y así lo reconoce la autora- el acercamiento con la teoría de la acción final al participar del basamento ontológico de la acción humana y se ocupa del estudio de aquellas conductas que existiendo en el mundo material (*prejurídico*) son seleccionadas -en acatamiento del principio de un derecho penal mínimo-¹³⁴ por el legislador para ser sancionadas con una pena. Así, en el nivel normativo en el que ubica el estudio de "las normas penales generales y abstractas emanadas del legislador"¹³⁵ se ocupa del estudio del *tipo penal*, de esas conductas descritas por el legislador en la norma que encierran mandatos o

y lo fáctico de su materialización en el contexto social y al mismo tiempo pretende evidenciar su vinculación con la pena. De ahí que se analice -en lo abstracto- la teoría del tipo y dependiendo de la descripción típica en cuestión, su punibilidad, mientras que en el ámbito material o de la materialización de la violación del mandato o de la prohibición, se estudian los elementos del *juicio de tipicidad* de la conducta.

¹³² "Es el Modelo cuya divulgación se inició en 1966 y del cual, en 1970, se publicó el capítulo correspondiente al tipo. El método no ha variado; se funda en la lógica matemática, específicamente el cálculo de primer nivel y la lógica formal. La estructura tampoco se ha modificado; se apoya en la distinción de los niveles de lenguaje. El punto de partida del Modelo Lógico del Derecho Penal es la distinción entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético. La teoría del Derecho Penal se sitúa en el área del conocimiento sintético. Esto obliga al teórico a señalar previamente el objeto de conocimiento que se propone explicar, objeto que para el iuspenalista está constituido por las normas penales, los delitos, las punitivas, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad" Islas de González Mariscal, Olga, al inicio del prólogo de su obra: "Análisis lógico de los delitos contra la vida" ed., Trillas, 4ª Edición, México, 1998.

¹³³ Islas de González Mariscal, Olga, "Análisis lógico de los delitos contra la vida" p 19

¹³⁴ El principio de **un derecho penal mínimo** se hace patente en la idea de que el legislador del universo de conductas que existen ha seleccionado solamente a aquellas que por su gravedad son merecedoras del ejercicio del *ius puniendi*, es decir, presupone la existencia de un Estado que en principio ha implementado como estrategia de lucha contra el triste fenómeno de la criminalidad, otros medios de defensa (multas, sanciones pecuniarias, etc) y que ha dejado como última alternativa de reacción el ejercicio del Derecho Penal.

¹³⁵ Islas de González Mariscal, Olga, "Análisis lógico de los delitos contra la vida" p. 19.

prohibiciones y de no acatárseles dan base al ejercicio del *ius puniendi*¹³⁶. Lo anterior, no deja de llamar la atención porque mientras en otras sistemáticas, en el estudio del tipo se aborda el análisis de su integración en elementos objetivos, subjetivos, normativos *-dependiendo de la sistemática que se haya adoptado-*; el Modelo lógico, se ocupa del estudio no solo de la teoría del tipo y de los elementos que lo integran, sino también de su punibilidad, vinculándose así, a la teoría de la pena.

En torno a los *niveles del lenguaje* se nos comenta que existen:

“..Un nivel fáctico, en el que se localizan los delitos, los cuales, por su puesto, siguen siendo acciones u omisiones antisociales, pero ya relevantes para el juez en razón de que están descritos y conminados penalmente en una norma penal general y abstracta..un nivel normativo, destinado a las puniciones, ubicadas dentro de las normas penales individuales y concretas emanadas del juez a través de la sentencia penal. En quinto y último lugar, un nivel fáctico en el que se instalan las penas, entendidas como ejecución de las normas penales individuales y concretas”¹³⁷

Resultando que es en el *nivel fáctico -donde se exterioriza la conducta calificada como delictiva y es campo de atención del juzgador-* que se nos plantea el estudio de la *tipicidad de la conducta*; siendo ahí, donde se señala la vinculación que se presenta entre la acción exteriorizada en el mundo material y su perfecto encuadramiento con la descripción contenida en el tipo penal. En el *nivel normativo* de las puniciones individuales se analizan las penas particularmente acotadas por el juzgador a partir de un juicio normativo del evento delictivo y por ultimo, un *nivel fáctico*, que se ocupa de la ejecución de las penas de manera particular e individualizada.

¹³⁶ “..surgen la teoría general de las normas jurídico-penales (teoría general de los tipos legales y teoría general de las puniciones), la teoría general de los delitos, la teoría general de las puniciones,..” Islas de Gonzáles Mariscal, Olga, al inicio del prologo de su obra: “*Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida*”

¹³⁷ Islas de Gonzáles Mariscal, Olga, “*Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida*” p. 19.

Lo anterior, nos permite sostener que el modelo lógico matemático se aparta del estudio tradicional del delito planteado por la doctrina penal alemana¹³⁸ y se plantea el estudio del derecho penal en general.

Volviendo al segundo nivel del lenguaje debe reconocerse que es aquí donde se hace alusión a la conducta humana que el legislador ha determinado como contraria a la norma; violatoria de valores fundamentales (*bienes jurídicos*) que son necesarios para la coexistencia pacífica del grupo social y las ha descrito en la ley conminándolas con una pena. Respecto del tipo,¹³⁹ el Modelo lógico, sugiere:

“El contenido del tipo es reductible, por medio del análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos. Tales elementos, cuya propiedad genérica consiste en la función de garantía de uno más bienes jurídicos poseen, además, propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar subconjuntos del tipo penal. Estos subconjuntos hacen factible una definición estructural de los tipos.”¹⁴⁰

De ahí que *para ésta postura doctrinal* el tipo penal debe estructurarse de la siguiente manera:

“DEBER JURÍDICO PENAL

Elemento:

Deber Jurídico Penal = N

BIEN JURÍDICO

Elemento:

Bien jurídico = B

SUJETO ACTIVO

Elementos:

Voluntabilidad = A1

Imputabilidad = A2

Calidad de Garante = A3

Calidad Específica = A4

Pluralidad Específica = A5

SUJETO PASIVO

¹³⁸ Recordemos que el análisis sistemático del delito dentro de la corriente alemana, iniciada por Von Liszt, continuada por Mezger, Welzel, recientemente por Roxin, Jakobs -solo por mencionar a algunos de aquellos grandes doctrinarios-, se ocupó por establecer los contenidos sistemáticos del injusto penal a partir de su concepción como *acción, típica, antijurídica y culpable*, y recientemente, se planteó su vinculación con los fines preventivo-generales de la pena.

¹³⁹ El tipo penal ha sido conceptualizado como la conducta abstracta que describe la ley penal; como aquella conducta que estando contenida en la norma penal encierra un mandato o una prohibición, que de no acatarse, da base a la aplicación de la pena por parte del Estado.

¹⁴⁰ Islas de González Mariscal, Olga, “Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida” p. 28.

Elementos:

Calidad Específica = p1

Pluralidad Específica = p2

OBJETO MATERIAL

Elemento:

Objeto material = M

EL HECHO

Elementos:

Voluntad dolosa = J1

Voluntad culposa = J2

Conducta

Actividad = I1

Inactividad = I2

Resultado material = R

Medios = E

Referencia Temporal = G

Modalidades

Referencia Espacial = S

Referencia De ocasión = F

LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Elementos:

Lesión del Bien Jurídico (consumación) = W1

Puesta en peligro del bien jurídico (tentativa) = W2

VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL

Elemento:

Violación del Deber Jurídico penal = V

..Esta construcción, exclusivamente teórica, permite explicar coherentemente todos los tipos penales, es decir, permite elaborar una teoría general. La fórmula (estructura) simbólica es la siguiente: $T=[NB(A1+A2+A3+A4+A5)(P1+P2)M][[(J1+J2)(I1+I2)R(E+G+S+F)][(W1+W2)V]X^{141}$

Esbozados ya los elementos y sus subconjuntos, creemos necesario precisar nuestro objeto de estudio, el principio de la causalidad, éste, –en nuestra opinión– se encuentra ubicado entre los subconjuntos: Hecho (donde podemos localizar los elementos: *Actividad, Inactividad, voluntad dolosa, voluntad culposa y Resultado*) y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; siendo indudable, que entre ambos elementos y sus subconjuntos mantienen una relación indisoluble y necesaria para la debida tipificación¹⁴² de las conductas humanas en el mundo normativo.

¹⁴¹ Islas de González Mariscal, Olga, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida" p p. 28, 29.

¹⁴² "La tipicidad es entendida como la correspondencia unívoca de los presupuestos y elementos del tipo penal con los presupuestos y elementos del delito" Plascencia Villanueva, Raúl, "op. cit.," p. 44.

Por otra parte, si consideramos que dentro del subconjunto hecho, se ubican *la actividad, la Inactividad, la voluntad dolosa o imprudente, etc.*, podremos ir descubriendo los elementos indispensables para conocer la manera en que ésta postura teórica aborda la problemática que nos ocupa y con ese conocimiento, podemos sustentar, que se mantienen los postulados de solución de la doctrina de la acción final, pues, al reconocerse que el actuar humano únicamente puede llevarse a cabo de manera doloso o imprudente se está adoptando el principal basamento teórico del que partió la doctrina de Welzel y el principio de causalidad mantiene su fundamento desencadenante del curso causal hacia una meta o finalidad previamente seleccionada, sin reconocer los postulados normativos que en la actualidad se plantean. En consecuencia, debe reconocerse que en el Modelo lógico matemático también se actualizan y se hacen válidas las críticas que se enderezaron en contra de la causalidad que sustentara el finalismo

IX.- La teoría funcionalista

Como ya se explicó, los cuestionamientos a que fue sometida la teoría de la acción final,¹⁴³ provocan el surgimiento de distintas explicaciones: la *funcionalista teleológico racional-final*¹⁴⁴ y la *sistémico-normativista*¹⁴⁵ que pretenden aportar respuestas a esas inconsistencias.

¹⁴³ "Una gran cantidad de autores, que constituyen la doctrina dominante en las obras generales (Wessels, Jascheck, Bockelmann, Eser, Blei, Schönke-Schröder, Lenckner), rechazan el concepto finalista de la acción y las estructuras lógico-reales, pero ubican el dolo y a la culpa como formas o estructuras típicas. Algunos pretenden que se trate de una continuación del neokantismo, invocando los antecedentes de Helmuth von Weber (1929) y del Graf zu Dohna (1935); otros lo consideran resultado de una síntesis propuesta por Gallas en su trabajo de 1955, Roxin lo califica como *síntesis neo-clásico-finalista*." Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, "Derecho penal. parte general," p. 366.

¹⁴⁴ "La vuelta a la *filosofía de los valores* y el regreso a la clase de sistema penal abierto (orientado a valores) implicó la construcción de un sistema penal *teleológico-racional*, o racionalmente final de corte funcionalista...los criterios aportados por el sociólogo alemán Niklas Luhmann, repercutieron en la construcción de un sistema penal *sistémico-normativista* funcional" Zaragoza Martínez, Edith Mariana, "op. cit.," p. 60.

Para iniciar el estudio de los planteamientos de la construcción de Roxín,¹⁴⁶ consideramos necesario acotar algunas ideas: en principio, dejar claro que no obstante las diversas críticas que se dirigieron en contra de la teoría de la acción final, su principal aporte no ha sido abandonado y continua vigente, nos referimos a la ubicación del dolo en el tipo¹⁴⁷ y por otra parte, cuando se ataca su base filosófico-evolutiva *=los conceptos jurídico-penales no pueden tener su asiento en la naturaleza, ni en lo ontico-* se tiende a la búsqueda de otros cimientos y esa respuesta la pretende aportar el funcionalismo en su doble vertiente: *racional-final o sistémico normativista*,¹⁴⁸ la primera, parte de la vinculación de los

¹⁴⁵ El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad” Jakobs, Günther, “Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional” Cuadernos de Conferencias y Artículos No 13, Traducción de Manuel Canció y Bernardo Feijoo, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Marzo de 1998, p.9.

¹⁴⁶ „Roxin propone un proyecto de sistemática que reivindica el neokantismo de los años treinta, pero que reemplaza su orientación conforme a las normas de cultura de Max Ernst Mayer, que considera vaga, por la clara orientación político criminal conforme a la teoría de los fines de la pena. Denomina a su sistemática *funcional o racional conforme a objetivos (Zweckrationale)*. Extrae de su premisa dos características particulares para su sistema: (a) Quizá la más notoria sea su teoría de la imputación al tipo objetivo... Afirma que, en las tres sistemáticas anteriores, el tipo objetivo se reduce a la simple causalidad, proponiendo su reemplazo por *la producción de un riesgo no permitido dentro del objetivo protector de la norma*, reemplazando de este modo la categoría científica, natural o lógica de la causalidad, por una regla de trabajo orientada por valores jurídicos. Encuentra sus antecedentes en los años treinta, en los trabajos del neokantiano Honig y el del neohegeliano Larenz... Lo cierto es que esta construcción se elabora sobre la idea de *necesidad abstracta de la pena*, que maneja en el injusto de modo muy parecido a la vieja dañosidad social de Liszt, que sería limitada por su teoría de la imputación objetiva. (b) La culpabilidad se amplía hasta ser una categoría de responsabilidad, en la que debe tomarse ineludiblemente en cuenta la culpabilidad como condición de cualquier pena, pero también la necesidad preventiva (general y especial) de la sanción penal, en forma tal que los requerimientos de la culpabilidad y de la prevención se limitan recíprocamente y, de esta manera, la responsabilidad personal del autor resulta de su efecto conjunto.” Zaffaroní Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, “Derecho penal. parte general,” p p. 367,368.

¹⁴⁷ “La inclusión del dolo en el tipo se deduce ya de la exigencia de determinabilidad del Estado de Derecho; las lesiones del deber y las acciones no se pueden describir como simples acontecimientos causales. Únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitados.” Roxin, Claus, “Política Criminal y Sistema del derecho penal”, Traducción e Introducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Hammurabi, 1ª Reimpresión, Colección de Claves de derecho penal, volumen 2, Buenos Aires, 2002, p. 70.

¹⁴⁸ “En el campo de las ciencias sociales se produjo un desarrollo a partir de las posiciones funcionalistas, las cuales destacaron que no era posible predicar la causalidad en los fenómenos sociales, pues en éstos se trataba fundamentalmente de relaciones de interacción, en los que, por consiguiente, no era posible establecer un antecedente y un consecuente, de ahí que la cuestión básica a resolver era la relativa a las funciones existentes en el sistema” Bustos, Juan, citado por

conceptos jurídicos a los fines político criminales,¹⁴⁹ rompiéndose con el postulado que por tantos años se había aceptado de forma in-cuestionada, la imposibilidad de vinculación entre la dogmática penal y la política criminal¹⁵⁰ y que hoy para Roxín ya no rige más;¹⁵¹ esa situación, que se percibe en la relación indisoluble que existe entre los escalones o peldaños de su estructura sistémica con fines previamente dados.¹⁵² Para lograr esa unión, se apoyó, en el Neokantismo pero su orientación cultural la substituye por una alineación hacia los fines preventivo generales.¹⁵³ Con esos principios, elabora las bases de un sistema teleológico político-criminal en el que atiende al problema que las anteriores sistemáticas

Medina Peñalosa, Sergio Javier, *Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva* p. 183.

¹⁴⁹ "las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde este punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico." Roxín, Claús, *Derecho penal parte general* p p. 217, 218.

¹⁵⁰ "...la política criminal tiene, pues, sus límites: «Derecho penal es la barrera intrasgredible de la política criminal»" Von Liszt, Franz, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ "La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica.." Roxin, Claús, *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* p. 49.

¹⁵² "...la que esta superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio "*nullum crimen sine lege*" es un postulado político criminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no solo es un elemento de la prevención general..sino que la propia limitación del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un estado de derecho. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del Estado de Derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre Derecho penal y política criminal o en contra de la sistematización conforme a puntos de vista rectores de política criminal" Roxín, Claús, *Derecho penal parte general*" p. 224.

¹⁵³ "La construcción de Roxin acaba en una armonía entre derecho penal y política criminal en sentido tradicional, conforme a la cual no habría contradicción entre ambas,..con el pensamiento derivado de una concepción sistémica –y no conflictivista- de la sociedad, no puede haber una dialéctica entre poder punitivo y derecho penal, de modo que todo parece funcionar de un modo perfecto, en el que el juez corona la función del legislador y en la propia política criminal se incluyen los componentes ilimitadores del poder punitivo.. Esta visión bucólica del ejercicio del poder punitivo, que elimina todas las contradicciones, no tiene asidero en ninguna realidad, pero encaja perfectamente en una teoría parsoniana de la sociedad, propia del *Welfare state*, al que nada escapa, sin contar con las dificultades prácticas para precisar los límites del poder punitivo cuando se considera que estos están indicados por el propio poder que se trata de contener. En realidad, el poder nunca tiende a autolimitarse sino a expandirse, y todo limite al poder en manos del propio limitado tiende a desaparecer" Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, *Derecho penal. parte general*," p. 373.

habían dejado de lado el principio de la causalidad¹⁵⁴ en el tipo,¹⁵⁵ aportando un criterio valorativo *-la creación del riesgo no permitido y su concreción en el ámbito protector de la norma-* para su solución y aspira a superar el concepto de la causalidad¹⁵⁶ que fundamentó la explicación del actuar del hombre en las anteriores sistemáticas y da origen a la llamada *"Teoría de imputación al tipo objetivo"*. Al mismo tiempo, se percibe que el elemento culpabilidad se ve ampliado porque la sanción ya no se aplica únicamente por ser la consecuencia de la comisión del ilícito penal, sino, ahora, se ve complementada por el *criterio de la necesidad de pena* que atiende a criterios prevencionistas; lográndose, que culpabilidad y

¹⁵⁴ El problema de la causalidad reviste singular importancia, puesto que para el causalismo la acción humana fue considerada como un movimiento corporal voluntario que provoca un resultado en el mundo fáctico, planteamiento que fue retomado por el causalismo valorativo y que también se percibe en la parte objetiva de la acción de corte finalista *"al desencadenarse el proceso causal dirigido a la finalidad previamente seleccionada"*. Este planteamiento propició que existieran diversas teorías que explican el momento en que a una acción podía atribuírsele ser causa de un resultado (*teoría de la equivalencia de las condiciones, de la causa mas eficaz, etc*) sin que esas soluciones fueran del todo satisfactorias. Con el planteamiento de la teoría de la imputación objetiva se atiende a criterios normativos y no causales para explicar el momento en que se puede imputar a alguien su acto desde la perspectiva jurídica y no causal.

¹⁵⁵ "Welzel...preocupado por acotar la tipicidad en función del dolo y por debatir la naturaleza del injusto y de la culpabilidad, monto la finalidad en la causalidad y no perfeccionó mucho las consideraciones del aspecto objetivo de la tipicidad, dejando el problema de la causalidad casi en el punto en que lo hallara..."Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, *"Derecho penal. parte general,"* p. 366.

¹⁵⁶ Para evidenciar la problemática que representa el principio de causalidad, *-con base naturalística de causa-efecto-*, que se resuelve atendiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, permitiendo que se amplié el campo de aplicación del derecho penal, citemos lo que establece Medina Peñalosa: "Como todas las mañanas desde que quedo fascinado por el fisicoculturismo, el señor "X" se dirige a un gimnasio para realizar trabajo con pesas, y al comenzar su rutina, el instructor "Y" le indica un grupo de ejercicios en una maquina de peso integrado para fortalecer la parte femoral. Al terminar la primera serie de quince repeticiones, el señor "X" toma un descanso recostándose en la alfombra del lugar, hasta que transcurren los minutos y el entrenador "Y" se preocupa porque no ha continuado ese socio con su rutina, pero al acercarse se percata que ha muerto. La necropsia arrojó como resultado la presencia de un aneurisma cerebral que al romperse, producto de un ejercicio intenso, generó una hemorragia. Aplicando la imperante teoría de la equivalencia de las condiciones podría afirmarse en el nivel del tipo objetivo que la causa que originó la muerte de "X" fue la acción del instructor "Y", porque si suprimimos mentalmente la indicación que este le hizo al occiso para realizar cierta clase de ejercicios con peso integrado, el resultado desaparecería; de modo que esta colmado el nexo necesario entre uno y otro para provocar la lesión del bien jurídico y por ende el tipo objetivo. Mas aun en otro contexto, extendería el campo de sujetos responsable en forma desmedida, según cadenas causales de regresum ad infinitum, porque con relación al propietario del gimnasio que contrató a ese instructor también quedaría colmado el nexo, pues si no lo hubiese hecho, el sujeto "X" no ,habría perdido la vida..así como también respecto al productor del aparato de peso integrado, sin cuya maquina no se habría iniciado el fatal ejercicio;.."Medina Peñalosa, Sergio Javier, *"La imputación jurídico penal"* p p. 116, 117.

necesidad de pena se auto-limiten y se da origen al concepto de la *responsabilidad del autor* por el acto realizado. Con esa dirección —no hay duda— se afecta la estructura sistemática del delito, porqué:

“..El concepto de acción —desde la perspectiva forjada de Roxin—, no se distingue entre actividad e inactividad, en tanto que es la lesión del deber lo que trasciende al mundo-normativo. El nivel de la tipicidad, por su parte, sigue cumpliendo con su función mas importante que es la de hacer vigente el principio nullum crimen, nulla poena sine lege. La antijuridicidad en cambio, al igual que causas justificatorias, desde el funcionalismo teleológico=racional, cumple con la función de resolución de conflictos sociales. Y la culpabilidad, finalmente, se completa con los fines preventivo especiales y generales del merecimiento y la necesidad de pena correspondientes.”¹⁵⁷

Esbozadas las consecuencias de la postura explicativa de Roxin, reviste singular importancia para nuestro objeto de estudio, el referirnos a la propuesta de Günther Jakobs,¹⁵⁸ quién, pretendiendo alejarse de principios de origen naturalísticos propone volver a la *renormatización del Derecho Penal* y en el trayecto hacia esa meta, se apoya en los principios del funcionalismo sociológico de Niklas Luhmann,¹⁵⁹ quién relacionó a la sociología con el mundo jurídico al considerar al derecho como un subsistema¹⁶⁰ siendo éste, ajeno a cualquier otro subsistema¹⁶¹ que exista

¹⁵⁷ Zaragoza Martínez, Edith Mariana, “op. cit.,” p. 75.

¹⁵⁸ “..sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional...” Jakobs, Günther, “*Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*” p p. 10 y 11.

¹⁵⁹ “El instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN, que define todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social fue el punto de inicio de la teoría de Jakobs.” Medina Peñalosa, Sergio Javier, “*Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*” p. 189.

¹⁶⁰ “..la solución de un problema social a través del Derecho Penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad...” Jakobs, Günther, “*Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*” p.14.

¹⁶¹ “LUHMANN señala que la idea de sistema se contrapone a la de elemento: El sistema es el todo, mientras que el elemento la parte de aquél, pero no se puede negar el hecho mismo de que el sistema cualifica los elementos, pues la unidad de un elemento no esta ónticamente dada, sino que empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cuál recurre a un elemento para establecer sus relaciones” Medina Peñalosa, Sergio Javier, “*Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*” p. 188.

en la sociedad (*político, educativo, religioso, etc*). De ésta manera, se pone en el centro de la discusión a la “norma” como eje regulador de la interacción social y se logra que los conceptos jurídico-penales dejen de lado cualquier cimiento naturalístico y se instituyan con la finalidad de estabilizar las expectativas normativas de la sociedad mediante la aplicación de la pena.

No deja de llamar la atención que el funcionalismo normativista que sustenta Jakobs,¹⁶² no tenga más pretensión que la de establecer un sistema penal cuya única misión -*él le llama prestación*- consiste en contradecir a través de la aplicación de la pena la contradicción que el activo ha realizado de la norma, pues, se busca confirmar su vigencia no solo ante el infractor sino también frente a la sociedad (*se percibe un fin prevencionista*,¹⁶³ *al confirmar, en el caso concreto, la confianza en la vigencia de la norma y en el Derecho*). Por supuesto que con ese planteamiento se hace patente un grave problema, porque, se corre el riesgo de que cualquier contenido,¹⁶⁴ incluso, autoritario, pueda ser integrado a una norma penal y debido a que el sistema penal sólo cumple la función de ser contradictor de la contradicción de la violación de la norma, podría, muy bien funcionar en ese escenario, Además, esa visión podría originar un sistema penal radical; una sociedad y sistema penal que oscile hacia un Estado que cada vez con mayor rigor aplique medidas

¹⁶² “En su visión fundamentadora...considera que el Derecho penal junto al resto de los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Se trabaja por tanto sobre la conciencia ético/valorativa de la colectividad..Pese a su presentación..se muestra en ultima instancia como una doctrina de corte autoritario y discriminatorio que redundo en una mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos, de modo manifiestamente antiliberal, a fin de alcanzar una plena integración y estabilización social.” Sanz Mulas, Nieves, “*Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana*”, Criminalia, Año LX III No 2 Mayo-Ago, 1997, ed., Porrúa, p. 15.

¹⁶³ Mir Puig, señala: “reconocer que la pena debe tener como fin el regular la vida social con lo que estaríamos ante la aparición de la función preventiva” citado por Sanz Mulas, Nieves, “*op. cit.*,” p. 9.

¹⁶⁴ “Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato...” Jakobs, Günther, “*Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*” p.14.

represivas y utilice al Derecho penal como principal y única alternativa de solución de los problemas, donde, ciertamente, la pena tenga como única función la de confirmar la eficacia de la norma violada y la de confirmar su vigencia en la sociedad y que al privilegiar la aplicación de la pena de prisión nos permita apreciar que en periodos de tiempo relativamente breves el límite máximo de su duración vaya aumentando en forma irracional, alarmante y de manera ascendente —40, 50, 60, 70 años, etc- lo que nos hace pensar en la crisis que enfrenta el argumento de la readaptación social¹⁶⁵ (*prevención especial positiva*) como fin de la pena de prisión, porque, es muy difícil que una persona que cumpla penas tan elevadas pueda salir de su reclusión para reintegrarse a una sociedad que durante ese tiempo ha cambiado significativamente. Ello, evidencia la tendencia hacia la materialización de otra esfera prevencionista a la que se le ha denominado *prevención especial negativa*, que busca *segregar* de la sociedad a los denominados incorregibles.¹⁶⁶ Por lo tanto, nos mostramos convencidos de que en el contexto de un Estado moderno y Democrático de derecho se debe posibilitar la existencia de un sistema alternativo al sistema penal para resolver esas conductas que en una expresión defectuosa de sentido contravienen la norma y dan base a su confirmación a través de la pena; esa otra opción, posibilita, no únicamente la aplicación de la pena de prisión, sino otras diversas que pueden revestir carácter administrativo, fiscal, civil, etc., es decir, esa misma función podría llevarse

^{165a} ..aun persisten ciertas lacras en la legislación mexicana que en nada contribuyen a tan magna tarea resocializadora. Sin ir más lejos, el artículo 25 del Código penal. Este artículo fija el límite máximo de prisión en los 40 años —susceptible de ampliarse a 50 años en determinados casos como el homicidio calificado del artículo 320—. Ante esto consideramos que si la prisión, que en si misma es desocializadora, ¿qué resocialización cabe esperar en un sujeto que se ve privado de su libertad durante 40 años cuando estudios psicológicos y sociológicos han demostrado que no cabe obtener ningún efecto resocializador a partir de, como mucho, los 15 años de prisión? Sanz Mulas, Nieves, "op. cit.," p p. 21,22.

^{166a} ..la Prevención especial se subdivide en Prevención especial positiva y Prevención especial negativa. En lo que a esta última se refiere...favorece la pena indeterminada supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente. Con ello se tiende a un Derecho penal retributivo coherente con sistemas autoritarios como los campos de concentración nazis, los penales soviéticos o las escuelas de reeducación de la China popular." *Ibid.* " p.11.

a cabo mediante *penas alternativas* a la pena corporal =Sanción pecuniaria, Trabajo en favor de la comunidad, etc.-¹⁶⁷ e incluso, se podría pensar –en casos específicos- en la creación de un sistema alternativo al sistema penal; suscitándose –de ese modo-, una respuesta no penal (*Instancia voluntaria y conciliadora*).

La funcionalidad del sistema penal con fines prevencionistas puede generar en una problemática que bien puede resumirse en aquella frase que ve el peligro de que se genere: “un Derecho penal aterrador, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona”¹⁶⁸ Ante ese señalamiento, Jakobs, hace la defensa de su edificación teórica diciendo que el sistema penal, como subsistema social, no es mas que una representación de esta última y que la ciencia penal no puede gobernar a la política, pues:

“Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho Penal,..La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo o innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal..la ciencia del Derecho Penal..es impotente frente a los cambios políticos de valores,..”¹⁶⁹

Nosotros, creemos que pese a lo atinado de esa reflexión, debe acotarse que corresponde a la ciencia penal establecer los criterios jurídico-penales que satisfagan los postulados de un Estado de derecho moderno y eficaz, y en nuestra opinión, esos esfuerzos, deben orientarse, hacia la implantación de los cimientos de un *Estado Social y Democrático*

^{167a} ..se trata de proponer alternativas a la pena privativa de libertad y, cuando ésta sea inevitable, se debe abogar por una ejecución humana de la misma que respete la dignidad del recluso y facilite la resocialización. Si bien se trata de una empresa difícil, no por ello hay que dejar de intentarlo.” *Ibid.* p p. 13,14.

¹⁶⁸ AK-,Hassemer, citado por Jakobs, Günther, “Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional” p. 28.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 29.

de *Derecho*¹⁷⁰ entendido como aquel que garantiza de mejor manera los derechos fundamentales del gobernado frente a las potestades punitivas del Estado. Además, es cierto, no existe punto de discusión en el hecho de que la ciencia penal no puede vincular al sistema jurídico hacia un determinado modelo de Estado, pero, con su desarrollo y avance científico¹⁷¹ puede establecer los causes teórico-jurídicos para que quienes establecen las políticas de lucha contra el triste fenómeno de la criminalidad puedan optar por ellos y establezcan un sistema penal moderno, eficaz y de vanguardia.

En ese orden de ideas, es perfectamente entendible, él que se desarrolle una propuesta que procure explicar la conducta típica, es decir, que busque establecer objetivamente cuando una acción humana que ha contrariado la norma penal da base a la respuesta punitiva del Estado para confirmar su permanencia normativa y garantizar su vigencia en la sociedad, con esa intención, se generó, *la teoría de la imputación objetiva*¹⁷² que indaga las tareas que le competen a las personas a partir

¹⁷⁰ "Podemos sostener que nuestro Estado tiende hacia los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho; ello, se deduce, de lo que la doctrina entiende como un Estado de Derecho, que es aquel, que: "...tenía que regirse por normas de Derecho, de manera que sólo podría hacer lo que jurídicamente estaba previsto en función de su acuerdo con la voluntad popular.." Sánchez Sandoval, Augusto, *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000, p 12 y apoyándonos en los contenidos del artículo 40 de la Constitución General de la República que a la letra establece: "*Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta por estados libres.*" *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 139ª Edición, ed., Porrúa, México, 2002, p 50; finalmente, si a eso le agregamos él que nuestra Constitución fue de los primeros ordenamientos jurídicos que garantizaron derechos sociales (artículos 3, 27 y 123), podemos sostener que nuestro Estado se rige por los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹⁷¹ "Cuanto mas pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales.." E invoca el peligro de que la decisión jurídica del caso se convierta en una "cuestión de lotería"; "Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho Penal.." Roxín, Claús, *=refiriendo a Gimbernat Ordeig=* en, *Derecho penal. parte general* p.207.

^{172a}..es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol...refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas" Jakobs, Günter, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Traducción por Manuel Cancio Meliá, Ángel Editor, México, 2001, p.19.

del "rol"¹⁷³ que cada una desempeña en la sociedad y que determinan el ámbito de responsabilidad del individuo en el contexto social, para ese efecto, se aportan los siguientes criterios de corte normativo:¹⁷⁴ *Riesgo permitido, Principio de confianza, Prohibición de regreso, Ámbito de competencia de la víctima*; aunque, debe aclararse que no es necesario que se produzca un resultado en el mundo fáctico porque existen conductas¹⁷⁵ que sin producir cambio material alguno -como en la tentativa- ya se han pronunciado en contrasentido con la norma y han dado base a la reacción de su confirmación (*la pena*).

El marco teórico que antecede nos prepara para ocuparnos –a continuación- de bosquejar los fundamentos normativos de la postura sistémico-normativista y la racional final¹⁷⁶

¹⁷³ "Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales.." *Id.*

¹⁷⁴ "...la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta...En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso; es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche" *Ibid.* p p.16, 17.

¹⁷⁵ "Tanto en el caso de concurrir dolo como imprudencia es el significado general y, por tanto, objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente por que lo decisivo es que se trata de hechos y que producen una perturbación social y no de peculiaridades individuales...solo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general "acción". Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social" *Ibid.* pp 20,21.

¹⁷⁶ "CLAUS ROXIN ha propuesto los siguientes criterios generales para la determinación de la imputación del resultado en la tipicidad objetiva (primer nivel: "realización de un peligro no permitido): la disminución de riesgo, el riesgo permitido, el objeto de protección de la prohibición; (segundo nivel: pertenencia del resultado a la esfera de protección penal): el principio de autonomía de la víctima, la pertenencia a un ámbito de responsabilidad ajeno, la realización del plan" Bustos Ramírez, Juan; Laurarí, Elena, *"La imputación objetiva"*, Reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 17.

CAPITULO II

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MODELO TELEOLÓGICO RACIONAL-FINAL Y EN LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVISTA

“..aunque se parta de que se puede seguir enjuiciando los fenómenos del mundo jurídico según la ley causal, sigue habiendo suficientes puntos oscuros...y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la causa de un resultado jurídicamente relevante..”

CLAUS ROXIN

En este capítulo intentaré esbozar la postura teórico explicativa de los fundadores de la imputación objetiva, tanto en el ámbito del contexto racional final, como en la postura normativista, para cuyo efecto, respetaré la estructura expositiva de sus creadores (*citando de manera preferente sus obras*) y atenderé a sus principales postulados, no sin presentar al final del capítulo, un análisis crítico respecto de nuestro objeto de estudio. A partir de la línea de investigación ya reseñada resulta necesario mencionar que no se pretende presentar un estudio casuístico,¹⁷⁷ en el que de manera exhaustiva se presenten todos los supuestos a que se recurre con esa postura doctrinal; nuestra meta, es conocer la estructura fundamental de la teoría de la imputación objetiva y a partir de ello, líneas mas tarde, poder establecer una postura personal que nos lleve a determinar su viabilidad o inviabilidad en el sistema penal federal mexicano.

A manera de preámbulo

Tal como lo hemos anunciado en las últimas líneas del capítulo que antecedió y en las iniciales del presente, entramos, enseguida, a evidenciar la forma en que las sistemáticas teleológica racional-final de Roxin y la

¹⁷⁷..esta discusión se ve entorpecida por la variedad y multitud de casos que pretenden solucionarse con el recurso a la imputación objetiva.” Laumari Elena; Bustos Ramírez, Juan, “*op. cit.*,” p. 118.

normativista de Jakobs han abordado el problema de definir = *normativamente*- el momento en que puede imputarse un resultado penalmente relevante en el ámbito objetivo del tipo al activo del ilícito penal y cargar en su cuenta *como obra suya* ese resultado calificado de delictivo.

El fundador del funcionalismo racional-final ha sostenido que los fundamentos causal y psicólogo-final ya no son suficientes para fundar el juicio de imputación del resultado punible y ha patentizado las complicaciones¹⁷⁸ a que nos enfrentamos cuando se pretende tipificar una conducta humana con apoyo de causa-efecto;

“Así se puede encontrar aún en Welzel el “ejemplo frecuentemente utilizado” de que alguien, “al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo”. Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar de que hay causalidad en el que dio el consejo; pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo..”¹⁷⁹

Y es de esa forma como se contesta cuando se afirma que el tipo objetivo se cumple, pero, no así, el aspecto subjetivo, porque el activo no podía prever objetiva y racionalmente el resultado muerte producida por el rayo que se originó en la tormenta y si bien abrigó la esperanza de que eso pasara nunca se dispuso del poder final desencadenante del resultado muerte por un rayo, por eso, se soluciona el problema negando el dolo.¹⁸⁰

¹⁷⁸ “Caso Erdal o *Lederspray*. Durante más de veinte años se comercializó en el mercado Alemán, sin queja alguna, unos *Sprays (Ledersprays)* para la conservación del cuero de zapatos y ropa. No obstante, al finalizar el otoño de 1980 la empresa productora recibió reclamaciones relativas a la producción de daños en la salud de personas que usaron el producto correctamente, tales como dificultades respiratorias, náuseas, escalofríos o fiebre, detectándose en la generalidad de casos un edema pulmonar. Hasta 1986 se suscitaron muchos resultados similares” Caro Coria, Dino Carlos, “*Imputación objetiva. delitos sexuales y reforma penal*” Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. p.p.1, 2.

¹⁷⁹ Roxin, Claus, “*Derecho penal parte general*” p.362.

¹⁸⁰ “ROXIN demostró que los problemas de delimitación del tipo no tienen que ver directamente con las posibilidades de motivar a los sujetos ni con la finalidad del autor. En los conocidos ejemplos del familiar rico que es convencido por su heredero para que realice abundantes viajes o viaje en tren o en avión con la finalidad de que muera en un accidente...o el de mantener contactos sexuales con una mujer tuberculosa para que se quede embarazada y fallezca en el parto, se podría...exigir otra dirección de la finalidad del autor. Si se trata de comportamientos atípicos...es por razones valorativas. Por tanto...las posibilidades de motivación o la finalidad no

Roxin *-apartándose de esa solución-* explica que en el caso citado existe dolo, pues, lo que quiere el activo al mandar al pasivo a la tormenta para que un rayo lo mate es lo que en realidad sucede y por lo tanto no puede dejarse de reconocer que lo que quería el activo es lo que consiguió; advirtiéndose *-de esa manera-* que el problema que era tratado en la parte subjetiva del tipo tiene solución en la objetiva y que si ese resultado no se sanciona es porque el derecho no castiga “..una causación de muerte puramente causal..”¹⁸¹ sino, la privación de la vida que *-con base en la ley-* se considera homicidio. De ahí que *-explica el penalista alemán-* se haya dificultado el tratamiento de un problema que tiene solución en la parte objetiva del tipo *-de imputación objetiva-* y se resuelva de manera errónea en la parte subjetiva *-dolo-*. Ante ese tipo de dificultades se erige la teoría de la imputación objetiva para:

“..indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, o sea, p.ej. de una causación de muerte una acción homicida relevante;..la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa..”¹⁸²

Se indagara más tarde, *en el momento* en que se haya colmado la parte objetiva del tipo. Con ese propósito, se parte de considerar que:

“..Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”¹⁸³

Y nos aporta, *la creación de un riesgo* jurídicamente desaprobado y que ese riesgo se *materialice* en el ámbito protector de la norma penal como base de imputación en el ámbito objetivo del tipo. Ese cimiento, parece

fundamentan la delimitación del ámbito de protección de la norma penal..” Feijóo Sánchez, Bernardo, “*op. cit*” p p. 62,63.

¹⁸¹ Roxin, Claus, “*Derecho penal parte general.*” p.362.

¹⁸² *Ibíd.* p. 363.

¹⁸³ *Id.*

responder mejor al “*problemà de la tormenta*”, porque al enviar a alguien hacia ella con la esperanza de que le caiga un rayo, se hace innegable, que: “..falta una acción homicida..porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurìdicamente relevante de matar.”¹⁸⁴ Así, se fundamenta el porqué ese tipo de conductas no se castigan; con todo, debemos mantenernos alertas para diferenciar el momento en que nos hallamos ya no frente a una falta de creación de un riesgo desaprobado, sino, a la “..falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurìdico.”¹⁸⁵ Puesto que, en *ese caso* estamos ante la falta de consumación y en presencia de la tentativa.

Í.- La creación del riesgo jurìdicamente desaprobado

1.- La no-imputación en caso de reducción del riesgo

Ya hemos dicho que cuando falta la creación del riesgo jurìdicamente desaprobado no puede existir imputación, pese a ello, Roxin, nos presenta, algunos casos, donde no se crea riesgo desaprobado, sino que ya existiendo éste, se presenta *su reducción*:

“Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la pueda neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones,..”¹⁸⁶

En ese tipo de eventos, es notorio, el que a pesar de que quien ha desviado el curso causal del objeto que volaba peligrosamente hacia la cabeza de la víctima ha puesto una condición –*así lo evidencia la imperante teoría de la conditio sine qua non*- para el resultado (lesiones); sin embargo, su intervención no se Pune debido a que se mejoró la

¹⁸⁴ Roxin, Cláus, “*Derecho penal parte general*.” P. 363.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 364.

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 365.

situación del bien jurídico reduciendo el peligro a que se encontraba expuesto.¹⁸⁷ A pesar de esa dilucidación, Bustos Ramírez, razona:

"...el problema está en definir los presupuestos que implica esta solución. Pareciera innegable que se parte de una determinada intencionalidad, esto es, que justamente el sujeto empujó al otro para que el objeto no le cayera en la cabeza; pero si, por el contrario, lo empujó para que le diera en el cuerpo, pues claramente se daba cuenta de que no le daría en parte alguna... Con lo cual, entonces, la objetividad de la imputación no pareciera tan clara, sino que es a posteriori de una definición o fijación de un marco subjetivo previo."¹⁸⁸

Esa explicación busca justificar la existencia de un antecedente subjetivo que incide en el resultado y que de acreditarse, afecta su ausencia de punición, porque, si el activo se percató que el pasivo no será alcanzado por el objeto que se dirigió contra su cabeza y lo empuja con el propósito de que lo lesione en alguna otra parte de su cuerpo, el resultado acontecido, pierde el carácter de impune y adquiere relevancia en el ámbito penal. A mayor abundamiento, si lo que se busca es *reducir el riesgo* al que se ve inmerso el bien jurídico, es indudable, el que se parte de una base subjetiva y que eso se hace presente en la intención o propósito de materializar la disminución del riesgo a que se halla expuesto el bien jurídico; haciéndose innegable *-por otra parte-* que lo objetivo tiene una base subjetiva "Esto es, ... parte de una presunción de derecho de que lo hizo 'sin intención de'."¹⁸⁹ o que existe una intención de lograr un menor riesgo y por ello es que el resultado *-un daño menor-* no debe sancionarse,

¹⁸⁷ En sentido diverso, se menciona: "Cabe observar que puede haber casos en que el riesgo se disminuye por efecto de la intervención causal del agente y, sin embargo, no parece desaparecer la imputación objetiva, como ocurrió con los médicos que bajo el régimen nazi entregaron enfermos para salvar a la mayoría. Esta objeción también abarca los supuestos de delitos ecológicos, en que industrias que contaminan en cantidades inferiores a las prohibidas, en conjunto producen un daño ecológico, lo que plantea un problema de imputación bajo el presupuesto de acciones que se realizan por debajo de lo prohibido. Es claro que, como se trata de un caso de aumento de riesgo, puede sostenerse que la regla no opera y que por ello es posible la imputación; pero esto no es admisible, porque cualquier actividad de realización universal y simultánea acabaría con la humanidad." Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, "Derecho penal. parte general," p p. 447, 448.

¹⁸⁸ Bustos Ramírez, Juan; Laurrari, Elena, "La imputación Objetiva" p.18.

¹⁸⁹ *Ibid.* p.19.

pues, al pasivo se le preservó de un peligro mayor "(de ahí que con cierta razón,...se halla objetado que si realmente estamos ante una ponderación de daños, es mas bien una cuestión de causa de justificación y no de imputación objetiva del resultado)"¹⁹⁰ A ese comentario, Roxin, responde:

"..según la doctrina tradicional se podría solucionar los casos de disminución o aminoración del riesgo desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante..Pero eso presupondría que se empezará por considerar la aminoración del riesgo de lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta.."191

Es cierto, si consideramos la disminución del riesgo dentro del estado de necesidad tendremos que concluir *-retomando el ejemplo inicial-* que si el activo se ha percatado de que la piedra que viaja hacia la cabeza del pasivo va a impactarle en una región en la que es muy probable que se produzca su muerte y opta por empujarlo para que el proyectil le impacte en otra zona de su cuerpo menos peligrosa; es irrefutable, el hecho, de que se tuvo que ponderar dos bienes que se encontraban en peligro (la vida y la salud del pasivo) y que *-además-* se tuvo que sacrificar uno para la salvaguarda del otro que es de mayor valía. Sin embargo, esa solución, nos llevaría a atestiguar que los casos de disminución de riesgo son típicos lo que parece desafortunado, debido a que "...sería absurdo, prohibir acciones que no empeoran sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido.."192

En nuestra opinión *-tal y como se ha venido evidenciado-* la disminución del riesgo involucra la precedencia de un cuadro subjetivo que se hace presente en la intención de reducir el peligro a que se encuentra sometido el bien jurídico y si lo que se intenta es resolver el problema en el ámbito del tipo penal, es indudable, que la solución deberá encontrarse en la parte subjetiva, porque, es ahí, donde se analiza la intención con la que actúa el

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Roxin, Claús, "Derecho penal parte general" p.366.

¹⁹² *Id.*

activo al ejecutar su conducta y no se debe desvirtuar esa solución en aras de regresar a lo objetivo sin precisar que para su fundamentación es necesario atender al contenido de la voluntad; con eso, se hace indiscutible, que en el juicio de tipicidad que se haga de la conducta desplegada por el activo en el mundo material con la que se encuentra descrita en la ley no pueda dejarse de lado el *conocer* y el *querer* la parte objetiva del tipo penal –*como parece que busca hacer la teoría de la imputación objetiva*-. De ahí que, con certero y crítico razonamiento, Struensee, apunte:

“En el nivel del tipo, la teoría de la imputación objetiva no queda, por lo tanto, atrás de la teoría final de la acción. Ella, por el contrario, puja en un “hipersubjetivismo”, dentro del cual –forzosamente-, toma en cuenta “lo subjetivo en la imputación objetiva”, es decir, lo admite como elemento conceptual del tipo objetivo. El finalismo no se extravió en misterios semejantes”¹⁹³

2.- La eliminación de la imputación al no existir la creación del peligro

Este criterio normativo –*en esencia*– no parece exhibir mayor problema, si se considera que quién no crea un riesgo o su actuación se ubica entre los riesgos aceptados socialmente no realiza una conducta típica y por eso no se da la imputación.

“(así el constructor de aviones sabe que estadísticamente se producirán ciertos accidentes en estricto sentido y que a consecuencia de ellos morirá un cierto número de personas pero todo esto en modo alguno afecta a una situación típica, aún cuando el sujeto disfrute con el hecho de que habrán menos personas sobre la tierra. Su actividad es permitida antes de que se haya causado cualquier resultado, es totalmente independiente de su causación)”¹⁹⁴

Esto, lleva al catedrático de la Universidad de Munich, a explicar:

¹⁹³ Struensee, Eberhard, “Acerca de la legitimación de la “Imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo” Publicado en: “La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Febrero de 1998, p p. 303, 304.

¹⁹⁴ Bustos Ramírez, Juan; Laurrarí, Elena, “La imputación objetiva” p. 20.

"..el derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas.."195

Adviértase, como lo que se pretende es vincular una conducta irrelevante para el derecho penal *-no crear un riesgo-* con el resultado, cuando en verdad, de lo que se trata, es de determinar si la actuación del activo se encuentra dentro del supuesto denominado riesgo permitido¹⁹⁶ ya que, de ser así, el actuar del activo no genera imputación y se evidencia una conducta atípica. Cabe subrayar:

"..de lo que se trata es de determinar si se está en el ámbito del riesgo permitido; de ser ello así, no hay situación típica y por consiguiente no tiene sentido entrar en la cuestión del resultado.."197

3.- La exclusión de la creación del riesgo en los supuestos de cursos causales hipotéticos

El estudio de los cursos causales hipotéticos¹⁹⁸ en la creación del riesgo jurídicamente relevante se ha constituido en un ejercicio intelectual que viene cobrando fuerza en la doctrina penal.¹⁹⁹ Ciertamente, desde que:

¹⁹⁵ Roxin, Cláus. "Derecho penal parte general" p.366.

¹⁹⁶ "El riesgo permitido...aparece vinculado invariablemente a la observancia de normas de diligencia establecidas para el ejercicio de una determinada actividad, de forma que, quien las observa, aunque cause un resultado lesivo, no responde del mismo" Medina Peñalosa, Sergio Javier, "Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación objetiva" p 266

¹⁹⁷ Bustos Ramírez, Juan; Laurrarí, Elena, "La imputación Objetiva" p.20.

¹⁹⁸ "En contra del empleo de los cursos causales hipotéticos puede decirse, en forma genérica, que al derecho penal debe interesarle tan solo aquello que efectivamente haya ocurrido y no lo que hubiera podido pasar, pues de otra forma la determinación de la responsabilidad pasaría a depender en mayor o menor grado de factores de suerte; en efecto, cada vez que se suprime mentalmente una condición del resultado para imaginar lo que efectivamente hubiera podido ocurrir sin ella, se deja de considerar lo que efectivamente ocurrió para atribuir a los sucesos un arbitrario desarrollo. Decimos que el procedimiento supone un notable grado de *arbitrariedad*, por cuando una vez suprimida una condición del resultado, es imposible saber con certeza el rumbo que el suceso hubiera tomado. Para ejemplificar ese grado de arbitrariedad podemos retomar el ejemplo del médico que, por equivocación, emplea cocaína en lugar de novocaína para anestesiar a un paciente, provocándole así la muerte; si se suprime mentalmente la acción del médico que con su mano tomó el frasco equivocado, debemos suponer *arbitrariamente* en su lugar la sustancia correcta, aun cuando hipotéticamente hubiera podido también tomar por equivocación otro frasco, cuyo contenido solo le hubiera causado leves lesiones al paciente." Reyes Alvarado, Yesid, "Imputación Objetiva", ed., Temis, 2ª Edición, Bogotá, Colombia, 1996, p. 217.

“..la ciencia penal logró escindir la causalidad, fenómeno natural, del juicio de imputación como manifestación estrictamente valorativa, la inevitabilidad del resultado dejó de ser un problema para la determinación de la relación causal pero, lejos de desaparecer, se trasladó al ámbito de la imputación objetiva.”²⁰⁰

De ahí que“..en los delitos comisivos los cursos causales hipotéticos son irrelevantes..”²⁰¹ Eso, lleva a sostener que:

“..si alguien es acusado de un delito de homicidio porque durante el “Tercer Reich” provocó un internamiento en un campo de concentración –que acabó con la muerte de la víctima–, no puede discutir su causalidad argumentando que de lo contrario otros hubieran provocado el internamiento..y si alguien lesiona a otra persona al atropellarla, su causalidad “no se pone en tela de juicio por el hecho de que el mismo resultado también se habría provocado por la conducta de un tercero”²⁰²

Es decir, no puede establecerse que la actuación del activo no es sancionable porque otro esté dispuesto a llevarla a cabo, pues, de aceptarse tal situación“..se produciría la impunidad sólo por que en vez de un sujeto decidido a ejecutar el hecho hubiera varios dispuestos a ello..”²⁰³ Con todo, Roxin, considera que“eso no impediría atribuirles un efecto excluyente de la imputación”²⁰⁴ ya que para la determinación de la creación del riesgo que se ha realizado en el resultado²⁰⁵ nos resulta de importancia suponer lo que hubiese sucedido si el activo se hubiera comportado de manera

¹⁹⁹ “A favor del empleo de los cursos causales hipotéticos se afirma que sin su ayuda no pueden resolverse aquellos casos en los que se reprocha la omisión de una conducta, pues allí siempre es necesario evaluar los posibles efectos benéficos de la acción omitida; ejemplificando esta argumentación, se diría que la única forma de reprochar penalmente un homicidio al salvavidas que omite lanzarse al mar para rescatar a quien se estaba ahogando, es determinando si en el hipotético evento de haber intentado la maniobra salvadora, la persona hubiera podido ser realmente rescatada, puesto que si la acción de rescate era imposible (la víctima se encontraba ya demasiado alejada de la playa) no le podría ser reprochada penalmente su omisión” Reyes Alvarado, Yesid, “*op. cit.*,” p.p.260, 261.

²⁰⁰ *Ibid.* 217.

²⁰¹ Roxin, Claus, “*Derecho penal parte general*” p.368.

²⁰² *Ibid.* p p. 353, 354.

²⁰³ *Ibid.* p. 368.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ “..la doctrina y la jurisprudencia tradicionales niegan la causalidad, siempre que sea seguro que el resultado no hubiera podido ser evitado actuando correctamente..” Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, “*Derecho penal. parte general*” p p.329,330.

correcta a como lo hizo y si el resultado aparece como inevitable se excluye la imputación:

"..con base en ese razonamiento concluyó la suprema Corte Alemana que el conductor de un camión no debería responder penalmente por la muerte del ciclista que cayó bajo las ruedas del vehículo durante una maniobra imprudente de adelantamiento, porque debido a la ebriedad de la víctima resultaba imaginable que aun cuando el conductor del camión hubiese ejecutado una maniobra de adelantamiento correcta, el ciclista hubiese caído igualmente bajo las ruedas del vehículo.." ²⁰⁶

Ese tipo de pronunciamientos encierran un peligro muy serio, puesto que si se considera que un resultado inevitable ²⁰⁷ fundamenta la no-imputación del resultado, cabría preguntarse ¿qué pasaría con aquellas personas desahuciadas?, a caso, ¿ya no existiría el deber de seguirles procurando las atenciones y cuidados a que obliga la práctica de la medicina? pues, aunque, se actúe correctamente de todas formas el resultado fatal no cambia. Ese escenario, no deja de llamar la atención, luego, debe propugnarse que el valor supremo en que se apoya el derecho es la conservación y protección de la vida del ser humano y el principio que ahora se critica *–la inevitabilidad del resultado–* parece trastocarlo.

4.- La no-imputación en caso de riesgos permitidos

En esta hipótesis, ²⁰⁸ la no-imputación se basa en el supuesto de que el activo al externar su acto crea un riesgo, pero, no es imputable ²⁰⁹ debido a

²⁰⁶ Reyes Alvarado, Yesid, "op. cit.," p.p.217, 218.

²⁰⁷ "Tanto la doctrina alemana como la doctrina española consideran con razón que con esta teoría se da una inversión de la carga de la prueba que infringe el principio *in dubio pro reo* y, por tanto, llegan a la conclusión contraria para evitar una presunción de culpabilidad no existente en el ordenamiento: no se puede imputar el resultado mientras no se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad que el riesgo permitido habría evitado el resultado.." Parte de la nota número 25 de la obra de Feijóo Sánchez, Bernardo, "op. cit.," p.14.

²⁰⁸ "se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo" Roxin, Claus, "Derecho penal parte general" p.371.

que se encuentra permitido,²¹⁰ es decir, existen ciertas actividades que el hombre que vive en sociedad realiza cotidianamente y que implican en sí mismas peligros de lesión para los bienes jurídicamente tutelados; nos referimos a aquellos *riesgos* a los que Roxin enuncia de la siguiente manera:

“Dentro del ámbito del riesgo permitido entran todo el tráfico público (por tanto también el tráfico aéreo, ferroviario y marítimo-fluvial), el funcionamiento de instalaciones industriales (especialmente las plantas peligrosas), la práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la *lex artis*, etc”²¹¹

En todos esos casos existe un riesgo socialmente tolerado que —en ocasiones— se encuentra regulado dentro de los lineamientos que para dichas actividades ha señalado el orden jurídico (*lex artis*, *reglamentos de tránsito*, etc.). Igualmente, se ha mantenido que el *riesgo permitido* se “...equipara total o ampliamente con la adecuación social...”²¹² respecto de ella,

^{209a} ...algunos casos respecto de los cuales se discute si opera en ellos el “riesgo permitido”. a) Las acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resulten socialmente necesarias o útiles: actividades industriales contaminantes, tráfico rodado, entre otras. b) Acciones peligrosas o lesivas que son socialmente habituales o adecuadas: deportes y otros juegos peligrosos. c) Acciones peligrosas o lesivas cuyo resultado es imprevisible *ex ante*: cursos causales irregulares en los que falta la previsibilidad del resultado (conductor que por imprudencia del peatón lo atropella). d) Acciones dirigidas a la salvación de bienes jurídicos en situaciones de necesidad, que ponen en peligro a otros bienes: Gestión de negocios ajenos, injurias en salvaguarda de intereses legítimos. e) Acciones peligrosas que cuentan con el consentimiento en dicho riesgo de parte del sujeto pasivo afectado: ejercicio de la profesión médica conforme a la *lex artis*. f) Acciones peligrosas o lesivas realizadas con el grado de cuidado o diligencia debida: conductas peligrosas no dolosas ni imprudentes. g) Acciones imprudentes cometidas en situaciones de excepción para salvaguarda de otro interés mayor: Conducir a exceso un automóvil llevando un herido. h) Acciones peligrosas realizadas en situaciones de error objetivamente invencible sobre las circunstancias del hecho: sujeto que desconoce que dispara contra un ser humano y no un animal en cacería.” Medina Peñalosa, Sergio Javier, “Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación objetiva” p.267.

^{210a} ...Roxin excluye la imputación objetiva en los casos de riesgos permitidos, aunque el autor haya creado o elevado el riesgo. Entiende que es tal una conducta que crea un riesgo relevante, pero que de modo general está permitida. Quizás sea el aporte más importante de la construcción, que debe ser necesariamente tenido en cuenta en la consideración de la función conglobante del tipo objetivo” Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Sioekar, “Derecho penal. parte general,” p.448.

²¹¹ Roxin, Claus, “Derecho penal parte general” p.372.

²¹² *Ibid.* p.371.

ya Welzel advertía,²¹³ que la existencia de los tipos penales nos determinan las conductas intolerables y dignas de pena, empero, esos mismos tipos penales nos guían en la determinación de conductas que sin ser reprochadas por el orden normativo, implican:

“..el estado “normal” de libertad social de acción..Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales”²¹⁴

Con ello, se pudo encontrar respuesta satisfactoria a los siguientes supuestos:

“..el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello;..el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el “riesgo permitido” en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fabricas peligrosas);..”²¹⁵

En efecto, en el trascurso del quehacer cotidiano se presentan riesgos para los bienes jurídicamente tutelados que son tolerados, porque se les consideran necesarios para el desarrollo de la vida social, de ahí que: “..una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos;..”²¹⁶ mientras, que otra, que goce de una condición diferente, será más exigente en su regulación, es decir, estamos aludiendo a la existencia de una regulación normativa que implica la adopción de determinadas medidas de seguridad en la realización de ciertas actividades que involucran la existencia de un riesgo permitido. Así, aún y cuando el activo con su consejo logre que otro se dedique a:

²¹³ “La adecuación social es un principio general de interpretación, cuya significación no se limita de ningún modo sólo al Derecho Penal, sino que abarca el ordenamiento jurídico general..”Welzel, Hans, “*op. cit.*,” p. 69.

²¹⁴ *Ibid.* p. 68.

²¹⁵ Parte de la nota Número 71 que aparece en la obra de Cancio Meliá, Manuel, “*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*”, Ángel Editor, México, 2001, p. 34.

²¹⁶ Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*” p. 16.

“...a profesiones o deportes peligrosos. Por mucho que con ello persiga malas intenciones, ello no es jurídicamente (p. ej. como tentativa de homicidio) abarcable.”²¹⁷

Luego, se reconoce la importancia del riesgo permitido porque mediante él se resuelven en la parte objetiva del tipo una serie de situaciones en las que se tenía que afirmar la tipicidad de la conducta y para eliminar la responsabilidad del activo se tenía que hacer un juicio valorativo en el elemento antijuridicidad atendiendo a los supuestos de alguna de las diversas causas de justificación que la ley contempla; esto es, nos estamos refiriendo a aquel punto de vista que considera innecesaria la presencia de éste criterio debido a la existencia de las denominadas causas de justificación; como, en el caso del *estado de necesidad* que se actualiza cuando el activo sacrifica un bien para salvar a otro, únicamente se exige que sea de igual o mayor valor al sacrificado para que se actualice la excluyente de responsabilidad, etc, en esencia, lo valioso del riesgo permitido es que aporta *una causa de atipicidad* y determina el reconocimiento de la existencia de determinadas actuaciones riesgosas pero que son necesarias y por eso toleradas.

II.- La realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado

1.- La no-imputación por falta de realización del peligro

La teoría de la imputación objetiva al establecer criterios normativos que determinan la *conducta típica*, no deja de considerar -además- criterios según los cuáles el resultado acaecido en el mundo fáctico deben ser imputado al actuar del activo, es decir, también se ocupa de establecer los criterios para la *imputación objetiva del resultado*. Por ende, puede sostenerse -validamente- que: *la no concreción del peligro que el activo ha generado da origen a la impunidad* debido a que sí el resultado que se

²¹⁷ Roxin, Claús, “Derecho penal parte general” p. 373.

presenta en el mundo fáctico no es la materialización del peligro creado por la conducta del activo puede crearse *una tentativa*, pero, no una consumación:

"..un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo..en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital"²¹⁸

En esa suposición, habrá que interrogarnos sí la actuación generadora del riesgo del activo –*verbigracia: blandir un cuchillo en el aire y asestar el golpe en el cuerpo de la víctima, o si el apuntar y accionar una arma de fuego contra el pasivo-* es determinante para la producción del resultado – *muerte de la víctima por un incendio en un hospital-* situación, que nos lleva a negar, el que “..el disparo efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable..”²¹⁹ y por eso “..hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.”²²⁰ Sin embargo, Zaffaroni, apunta: “..las consideraciones de Roxin se vuelven aquí muy finas y difícilmente generalizables:..”²²¹ debido a que como el propio Profesor de la Universidad de Munich, apunta:

“Para enjuiciar la cuestión de si se ha realizado un peligro creado por el autor, en el caso concreto puede ser necesario realizar sutiles investigaciones. Así, p. Ej., si alguien llega a un hospital con un envenenamiento vitamínico causado imprudentemente por su farmacéutico y allí muere por una infección gripal de la que no es responsable el hospital [...] la imputación del resultado depende de si la infección y la muerte por gripe son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el envenenamiento. En caso afirmativo, se habrá realizado el peligro creado por el farmacéutico y debe castigarse a éste por homicidio imprudente”²²²

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ Roxin, Claús, “*Derecho penal parte general*” p p. 373, 374.

²²⁰ *Ibid.* p. 374.

²²¹ Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, “*Derecho penal. parte general,*” p. 448.

²²² Roxin, Claús, “*Derecho penal parte general*” p p. 374, 375.

Pero, si se comprueba, que el debilitamiento por envenenamiento no incidió en la muerte acaecida por gripa "en el primer causante solo concurren unas lesiones imprudentes"²²³ En síntesis, este criterio, nos permitirá determinar el momento en que el activo realizó una conducta estimada como tentativa y cuando se le puede imputar el resultado como su obra.

2.- La no-imputación por falta de realización del riesgo no permitido

Con éste criterio se da respuesta a aquel supuesto en que el resultado penalmente relevante no es consecuencia de la generación del riesgo no permitido y por ende, no se genera imputación. Así, lo evidencia, el siguiente ejemplo: "...Una persona muere de un ataque cardiaco porque otro le adelanta incorrectamente..."²²⁴ y plantea el problema de determinar el momento en que se ha actuado fuera de los límites reglamentarios que para el caso de adelantamiento ha establecido el Estado y con esa conducta se ha provocado *-debido a la emoción intensa a que se ve inmerso el pasivo-* el desenlace fatal; lo que nos plantea la consideración de que existe un riesgo generado por una acción humana no permitida, pese a ello:

"...el fin de las normas de tráfico no es impedir daños anímicos, sino más bien daños directamente corporales, y esos peligros no se han realizado, por que ciertamente se podrá castigar en su caso a los autores por puesta en peligro del tráfico viario...o por daños...pero no por un delito de homicidio."²²⁵

Otra conjetura, en la que también se observa la existencia de un riesgo no permitido que no se realiza en el resultado, se aprecia, en el siguiente:

²²³ *Ibid.*, p. 375.

²²⁴ *Ibid.* p. 377.

²²⁵ *Id.*

"ejemplo..El director de una fabrica de pinceles suministra a sus trabajadores pelos de cabra china para su elaboraci3n, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigaci3n posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa."²²⁶

En el ejemplo anterior es evidente que el director de la fabrica de pinceles ha omitido realizar las debidas medidas de desinfecci3n que para el desarrollo de su actividad fabril son recomendables y como consecuencia ha ejecutado una actuaci3n negligente y descuidada que gener3 un riesgo no permitido"...pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado"²²⁷ debido a que si el activo hubiese esterilizado los pelos de cabra con el desinfectante que era recomendable y de uso com3n, de igual manera, el bacilo hubiera sobrevivido y el resultado muerte de las cuatro trabajadoras se hubiese presentado y s3, acreditados esos extremos se procede a sancionar al infractor se le imputar3a el resultado"...por la infracci3n de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido in3til"²²⁸

3.- La in-imputaci3n de resultados que no se ubican dentro del fin de protecci3n de la norma de cuidado

En 3ste criterio se incluyen aquellos supuestos en que el activo se ha comportado riesgosamente; pero, el resultado no puede serle imputado debido a que escapa al fin protector que ampara la norma penal. Ello, se observa, cuando:

"...(se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) y la puesta en peligro de un tercero aceptada por 3ste (muerte del copiloto en una carrera de autom3viles), hasta los daos sobrevinidos posteriormente a consecuencia del resultado daoso principal producido

²²⁶ *Ib3d.*, p. 375.

²²⁷ *Ib3d.* p p. 375, 376.

²²⁸ *Ib3d.* p. 376.

(la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo.²²⁹

Y de manera categórica, se concluye:

“Todos éstos resultados caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y, por ello, deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante”²³⁰

Roxin *-nos advierte-* que debemos ser cuidadosos para distinguir el *fin de protección de la norma* del llamado *alcance del tipo*; éste último, se presenta en: “..aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias.”²³¹ mientras que, el fin de protección de la norma penal, se refiere a situaciones que no caen en su ámbito de protección.

4.- La conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo

Con ese título, se pretenden resolver aquellos casos en que se debe determinar si es dable imputar un resultado, cuando se considera que con una conducta alternativa²³² realizada con apego a la ley, “*posible o probablemente*” ese resultado, se habría evitado. Apoyando la imputación - *el catedrático de Munich-* proporciona el siguiente ejemplo:

²²⁹ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, “*Derecho penal. parte general*” p. 264.

²³⁰ *Id.* p. 264.

²³¹ Roxin, Cláus, “*Derecho penal parte general*” p. 378.

²³² “No resulta comprensible..cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión a una hipótesis..el resultado puede ser manipulado seleccionando entre ese arsenal un determinado comportamiento..un automovilista no respeta un semáforo en rojo y dos kilómetros mas allá, un peatón se cae de tal forma delante del vehículo que –de modo inevitable- el automovilista no puede frenar a tiempo. ¿Cual es el comportamiento alternativo conforme a Derecho? ¿haber parado en el semáforo?. De ser sí, se salva el peatón, pero sólo en la medida en que no este permitido aumentar la velocidad una vez pasado el semáforo compensando la diferencia temporal, en cuyo caso el accidente se produciría igualmente. Sin embargo, también constituiría un comportamiento adecuado a derecho que el automovilista pasase el semáforo antes de que estuviese en verde y después hubiese hecho un breve descanso, produciéndose no obstante de nuevo el accidente..desde luego sería ajustado a derecho quedarse en casa, lo que salvaría al peatón;...” Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*” p p. 81,82.

"..el conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm, del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico"²³³

Valorándose que se excluye la imputación *si la conducta alternativa conforme a derecho no altera en nada el resultado*, con todo, lo que nos interesa, es establecer si conforme a la conducta alternativa a derecho era "*probable o posible*" que el resultado no se hubiera presentado y en ese caso –*atendiendo al ejemplo citado*– la imputación no se excluye, si:

"..una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal"²³⁴

Ésa solución, vuelve a colocar en la mesa de la discusión, los cursos causales hipotéticos "...lo que hubiera podido acaecer si hubiera ejecutado la maniobra..de la manera que le era legalmente exigible"²³⁵ y eso enfatiza, la certera crítica de que buscar como criterio definidor de la imputación el imaginarnos alternativamente una conducta conforme a la norma que posiblemente hubiera evitado el resultado penalmente relevante, conlleva el peligro de dejar de lado lo que realmente aconteció y sustituirlo por lo que imaginariamente hubiera ocurrido al realizar la conducta correctamente. Ese planteamiento se percibe en el siguiente comentario:

"..recurrir a las conductas alternativas conforme a derecho supone recurrir a simples consideraciones hipotéticas que escapan a cualquier control; ya es, de por sí, bastante difícil establecer las causas de los hechos

²³³ Roxiņ, Cláús, "Derecho penal parte general" p. 379.

²³⁴ *Ibíd.* p. 380.

²³⁵ Reyes Alvarado, Yesid, "*op. cit.*," p. 232.

realmente acaecidos, como para pretender determinar las causas de lo que no ha ocurrido.²³⁶

Además, se puede generar una ampliación de la aplicación del derecho penal y violentar el principio *in dubio pro reo*,²³⁷ pues:

"..supone en la practica una inversión de la carga de la prueba y en consecuencia una considerable limitación al principio general de que toda duda debe ser resuelta a favor del sindicado."²³⁸

Roxín, explica:

"..Esto es incorrecto ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementado el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo*."²³⁹

Esa tesis, nos parece poco afortunada,²⁴⁰ porque, es cierto, que el pretender sostener una imputación en una conducta generadora de un riesgo, en parte permitido y en parte no permitido,²⁴¹ es, en sí mismo, una contradicción, es pretender, aclarar el sentido de una explicación "A" y al mismo tiempo "no-A"; esto, es, o la conducta es permitida y por tanto, adecuada socialmente o mejor aún irrelevante para el derecho penal y el resultado producido en ese caso, también, resulta irrelevante, o bien, la

²³⁶ *Ibíd.* p. 236.

²³⁷ ..en caso de existir dudas sobre si una conducta diversa del autor hubiese modificado en forma favorable o perjudicial la situación, se propone aplicar el *in dubio pro reo*" *Ibíd.* p. 240.

²³⁸ *Ibíd.* p. 235.

²³⁹ Roxin, Claús, "Derecho penal parte general" p. 380.

²⁴⁰ ..esta perspectiva no es acertada..ello excluiría que pudiera negarse la responsabilidad del autor cuando se hubiera probado que fue el riesgo de la vida el que se realizó; pues si la superación del riesgo permitido crease un "riesgo simplemente prohibido en su conjunto", junto a ese riesgo no existiría ningún tipo de la vida; ésta sería la idea del *versari in re illicita*." Jakobs, Günter, "La Imputación objetiva en Derecho Penal" p. 89.

²⁴¹ ..en la delimitación de los riesgos permitido y no permitidos se trata de determinar cuando no es lesivo de la norma, sino inocuo, el sentido de un comportamiento, a pesar de que nunca se puede excluir la posibilidad de que de lugar a un curso de daño." Jakobs, Günter, "Estudios de Derecho penal", Traducción de Enrique Peñaranda, Ramos; Carlos J, Suárez González, Manuel Cenció, Melía, ed., Civitas, Madrid, España, p. 218.

conducta ha generado un riesgo no permitido y lo que se busca es determinar *-probar-* que ese riesgo se ha realizado en el resultado penalmente relevante, por ende, de no ser así, cualquier infracción al deber de cuidado *sea de poca o mucha importancia* sería base para Punir cualquier resultado porque no se ha buscado probar la materialización de ese resultado como producto de la creación del riesgo sino *-únicamente-* sancionar su creación.²⁴²

Otro problema, se halla en el hecho de que sí consideramos para imputar un resultado exclusivamente la elevación del riesgo, se puede provocar que los delitos de resultado sean emparejados con los delitos de peligro. En ese sentido, Reyes Alvarado, expone:

"..mientras se insista en sostener que para la imputación de un resultado basta solo la elevación del riesgo, se estaría prescindiendo del factor de la realización de dicho riesgo en el resultado, y en consecuencia nos veremos forzados a admitir que se convierte a todos los delitos de resultado en delitos de peligro"²⁴³

Por tanto, *la teoría del incremento del riesgo*,²⁴⁴ fracasa en la determinación de la ejecución del riesgo y sólo es eficaz en la valoración de la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado; con esa limitación, se patentizan consecuencias desafortunadas: piénsese *-en el recurrido ejemplo que nos menciona Roxín-*²⁴⁵ del camionero que arrolló a un ciclista, pues, no obstante, que se ha probado que el ciclista iba en estado de ebriedad y que al instante del adelantamiento cae en las ruedas del camión debido a una reacción en cortocircuito que lo obliga a girar la bicicleta; *el camionero* debe responder por homicidio. Otro ejemplo,

²⁴² Coincidimos con Jakobs, en el sentido de que debe mantenerse el principio *in dubio pro reo*: "...debe conducir a la absolución incluso en los casos límites de extrema falta de cuidado..no porque no concorra un comportamiento desaprobado, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento" Jakobs, Günter, "La Imputación objetiva en Derecho penal" p. 90.

²⁴³ *Ibid.* p. 254.

²⁴⁴ "...esta teoría ha justificado la expansión de la responsabilidad por imprudencia por razones político criminales..." Feijóo Sánchez, Bernardo, "op. cit.," p. 88.

²⁴⁵ Este ejemplo lo tomamos de Roxín, Claus, "Derecho penal parte general." p. 379.

frecuentemente recurrido en la doctrina puede ayudarnos a comprender el que se amplía el ámbito de aplicación del derecho penal y se *fractura* el principio *in dubio pro reo*.

"Recordemos el ya mencionado caso de los dos ciclistas que uno detrás de otro conducían sin iluminación por una oscura calle, cuando uno de ellos chocó contra alguien que venían en dirección contraria y murió; si el ciclista que no resultó involucrado en la colisión hubiera llevado las luces de su bicicleta reglamentariamente encendidas, habría iluminado a su compañero y probablemente hubiera evitado la colisión, a pesar de que la víctima misma no hubiera cumplido con su deber; si se aplicara la teoría de la elevación del riesgo a este caso, tendríamos que concluir que el ciclista que con la luz de su bicicleta no ilumina a su compañero, elevó el riesgo que la conducción de dichos vehículos normalmente acarrea, y en consecuencia debería serle imputable la muerte de la víctima"²⁴⁶

Esa explicación nos obliga a suponer que si el segundo ciclista hubiera actuado con la debida diligencia, el resultado *-choque del primer ciclista contra el que viene en sentido contrario-* se habría evitado; esa consideración rompe con el principio que nos ocupa. Además:

"Habría que recurrir a una argumentación que traspasaría el principio de legalidad y tipicidad, en el sentido que el aumento del riesgo de la propia acción (del segundo ciclista) no disminuyó el riesgo de la acción del primer ciclista, y por eso es por lo que se le incluye en el tipo; pero ello rompe todos los principios garantistas, y para que ello fuese posible se necesitaría un tipo específico que obligara al segundo ciclista a disminuir los riesgos de otro."²⁴⁷

III.- El fin de protección de la norma típica (alcance del tipo)

Roxin, en este punto, nos aporta una regla general "Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo."²⁴⁸ pero, considera, que pueden existir situaciones en que la imputación no se presente, luego:

²⁴⁶ Reyes Alvarado, Yesid, "op. cit.," p p. 254,255.

²⁴⁷ Bustos Ramírez, Juan; Laurari, Elena, "La imputación objetiva" p. 21.

²⁴⁸ Roxin, Claus "Derecho penal parte general" p. 386.

“..el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc), no abarca resultados de la clase de los producidos; en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.”²⁴⁹

Para confirmar sus aseveraciones recurre a los denominados hechos dolosos, mencionando tres grupos de casos en los que opera esa excepción: “..la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.., la puesta en peligro de un tercero consentida por éste..y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno.”²⁵⁰ respecto de los delitos culposos, menciona, se “..examinarán..solo los grupos de casos de los daños por shock y de los daños consecuencia de otros.”²⁵¹ Atendamos al primer grupo.

1- La cooperación a una auto-puesta en peligro dolosa

Para poder descubrir el sentido de este criterio es oportuno desentrañar:

“la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la víctima.”²⁵²

Con esa idea, atendamos a uno de los tradicionales ejemplos a los que se acude para ilustrar esa situación:

“..A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello”²⁵³

El creador del funcionalismo teleológico racional-final establece que la jurisprudencia había resuelto el problema condenando a “A” por homicidio imprudente; olvidando el sentido del principio de “*la auto-puesta en peligro*” que sustenta:

²⁴⁹ *Ibid.* p p. 386, 387.

²⁵⁰ *Ibid.* p. 387.

²⁵¹ *Ibid.* p. 1012.

²⁵² Cancio Meliá, Manuel, “*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*” p. 88.

²⁵³ Roxin, Claus, “*Derecho penal parte general.*” p. 389.

"las autopuestas en peligro queridas y realizadas por propia responsabilidad no son subsumibles en el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si se realiza el riesgo conscientemente corrido con la puesta en peligro. Quien meramente incita, posibilita o facilita tal autopuesta en peligro no es punible por un delito de lesiones o de homicidio"²⁵⁴

Con esa revelación se introduce el criterio de la impunidad de la cooperación en una "autopuesta en peligro dolosa"²⁵⁵ por tanto, quien sabiendo que la heroína es una droga que puede provocar la muerte y a pesar de eso, decide libre y conscientemente inyectarse *presentándose, un poco más tarde, el resultado fatal* genera una auto-lesión de su ámbito de auto-protección y esa situación, escapa al ámbito de protección de la norma penal. Para reafirmar *la postura de Roxin* aludamos a un nuevo ejemplo: la persona (B) que ha sido lesionada y encontrándose bajo la atención de enfermeras y médicos, de manera libre y consciente, rechaza que se le procuren los auxilios médicos que el ejercicio de la medicina aconseja para restablecerle su salud y muere. En esa conjetura, el problema a resolver es determinar si la persona (A) que lesionó a quién de manera consciente rechaza la atención médica que le restablezca la salud (B) es responsable de la muerte del pasivo. En ese caso, se apunta:

"A no puede ser castigado por homicidio...sino sólo por lesiones, ya que B por su propia decisión se ha expuesto a la certeza o al peligro próximo de muerte"²⁵⁶

2- La puesta en peligro de un tercero aceptado por éste

Para introducimos en el conocimiento de este criterio es necesario diferenciarlo de la auto-puesta en peligro; en ésta última, lo que se percibe es que el titular del bien jurídico afectado es quien lleva acabo la acción

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ Mas tarde, volveremos sobre este tema, ya que existe la posición teórica de que la solución se haya en el aspecto subjetivo del tipo y por ello, no se justifica la aceptación del criterio de la "auto-puesta en peligro" como criterio de imputación en el ámbito objetivo del tipo.

²⁵⁶ Roxin, Claús, "Derecho penal parte general" p. 392.

que origina el resultado, por ejemplo, en el caso de quién pretende suicidarse y con ese fin se infiere una lesión mortal que desencadena el resultado fatal realiza una acción que en modo alguno puede ser imputable a alguien más debido a que él ha sido quien ha creado el peligro y lo ha materializado en la destrucción del bien jurídicamente protegido, su propia vida y porque el ámbito de prohibición de la norma no protege a quien libre, consciente y voluntariamente puede disponer de sí mismo. Es decir, "...el autopeligro supone siempre la creación del riesgo por parte de la propia víctima..."²⁵⁷ Pero, para el esclarecimiento del tema que nos ocupa, es importante mencionar que la puesta en peligro de un tercero aceptado por éste "se refiere a la constelación en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo"²⁵⁸ Para ilustrarlo, atendamos al siguiente ejemplo:

"En Alemania se juzgó a comienzos de siglo a un hombre que trabajaba como balseiro en el río Memel, transportando pasajeros y carga de una a otra orilla; en cierta oportunidad, en medio de una fuerte tormenta que había hecho crecer peligrosamente el caudal del río, dos personas le solicitaron sus servicios para ser transportados a la otra orilla, ante lo cual fueron advertidos por el balseiro sobre la peligrosidad que una travesía en esas condiciones suponía; como los pasajeros insistiesen en afrontar el riesgo, el balseiro emprendió la travesía con nefastas consecuencias, pues la embarcación zozobró, y los dos pasajeros perecieron mientras el balseiro conseguía ponerse a salvo."²⁵⁹

Para encontrar la solución a casos como el que antecede se recurrió a *negar la vulneración del deber de cuidado* del autor con base en el siguiente argumento:

"...cuando alguien ha aceptado un cierto peligro con claro conocimiento del mismo y el autor ha cumplido suficientemente su deber general de cuidado"²⁶⁰

²⁵⁷ Reyes Alvarado, Yesid, "op. cit.," p. 175.

²⁵⁸ Roxin, Claus "Derecho penal parte general" p. 393.

²⁵⁹ Reyes Alvarado, Yesid, "op. cit.," p. 178.

²⁶⁰ Roxin, Claus, "Derecho penal parte general" p. 394.

No es posible recriminarle su conducta como creadora y realizadora del riesgo; no ha infringido su deber de cuidado y en todo caso, se afrontó el riesgo *-con el resultado acaecido-* porque los demandantes del servicio decidieron de manera libre y voluntaria ponerse así mismos en peligro. Con esa tesis, se logró establecer la impunidad del balsero.²⁶¹

3- La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

A éste criterio se recurre cuando se busca determinar la responsabilidad que le compete a un tercero de evitar el resultado penalmente relevante y se le ilustra de la siguiente manera:

"..A conduce un coche remolque, el cual carece de la adecuada iluminación. Este es parado por la policía, que acepta guiarle hasta la próxima gasolinera donde proceder a la reparación. Antes de iniciar la marcha el policía retira la linterna con la que iluminaba el remolque mientras duraba la conversación. Momento en el que un coche choca con el remolque, de lo cual resulta la muerte del conductor."²⁶²

Habiéndose condenado" ..a A por homicidio imprudente."²⁶³ La doctrina se aparta de esa solución, argumentando:

"Una vez que la policía había asumido la seguridad del tráfico, el suceso ulterior entraba dentro de su esfera de responsabilidad y ya por esa razón no se le puede imputar a A. El alcance del tipo ya no abarca el suceso posterior."²⁶⁴

²⁶¹ Respecto de la responsabilidad del balsero, también se ha dicho que: "...a él deberían haberle sido objetivamente imputables dichas muertes puesto que al desempeñar un servicio público poseía una posición de garante respecto de sus pasajeros, en virtud de la cual debía evitarles los riesgos que como consecuencia de su actividad pudieran derivarse, la situación es comparable con la de las aerolíneas comerciales, las empresas ferroviarias, marítimas o de transporte, las cuáles también son garantes de la seguridad de sus pasajeros, de manera que les está prohibido emprender vuelos o travesías en condiciones meteorológicas que hagan peligrar la integridad personal de los usuarios, aun en el evento de que estos consintiesen en afrontar los riesgos." Reyes Alvarado, Yesid, *op. cit.*, p. 178.

²⁶² Laurzarí, Elena; Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, p p. 105. 106.

²⁶³ Roxin, Claus, *"Derecho penal parte general"* p. 398.

²⁶⁴ *Id.*

En realidad, el fundamento al que se recurre para sustentar la in-imputabilidad del activo se encuentra en el hecho de que existen ciertas personas que en el ejercicio de su actividad son competentes para correr determinados riesgos *-piénsese en el policía, en el bombero, en el medico,²⁶⁵ etc.-* y por eso no podrá imputarse la actuación que le corresponde a esas personas, a otro. Con ello, también se pretendió dar respuesta a un:

"..grupo de casos más difícil y menos aclarado en este campo es aquél en que la víctima solamente lesionada por el autor inicial muere a causa de un fallo médico."²⁶⁶

En esos supuestos, la actuación del médico *-su fallo-* ha creado un peligro que se ha materializado en la muerte de su paciente y con su acción negligente ha desplazado a la actuación del primer interviniente, quien únicamente infirió la lesión y por eso no responderá de la muerte de la víctima. Siendo más precisos:

"si en el curso de la operación se produce una incisión equivocada que origina la muerte por desangramiento, si se suministra cualquier medicamento que esté contraindicado y que por ello provoca la muerte, o si la consecuencia de una anestesia equivocada se produce una parada cardiaca irreversible, etc."²⁶⁷

²⁶⁵ Sosteniendo que el deber *-al cual estas personas se encuentran sometidas-* no excluye su libre determinación, así, "...en el caso del bombero que sufre lesiones en las tareas de extinción, su autopuesta en peligro no tiene por qué dejar de ser considerada libre porque sobre él pese un deber jurídico de actuar, pues esa obligación no se le impone a cualquier persona, sino solamente a aquellos que voluntariamente decidieron ingresar en el cuerpo especial de bomberos realizando las pruebas pertinentes a pesar de ser plenamente conscientes de en qué iba a consistir su trabajo. Esta libertad o voluntariedad en la aceptación del riesgo que el trabajo de bomberos conlleva, ha de suponerse que se mantiene mientras el sujeto no exprese su voluntad de separarse del cuerpo. Lo mismo sucede con los médicos que en el ejercicio de su deber deontológico se ponen a sí mismos en peligro al asistir, por ejemplo, a pacientes contagiosos. La libertad de la concreta autopuesta en peligro podrá reconducirse en este caso al acto voluntario en virtud del cual se decidieron por el ejercicio de la profesión médica, asumieron el juramento de HIPÓCRATES y, por ejemplo, firmaron un contrato con una determinada clínica para trabajar en la sección de enfermos de hepatitis X altamente contagiosa al transmitirse por vía respiratoria..." Martínez Escamilla, Margarita, *"La Imputación objetiva del resultado"*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 362.

²⁶⁶ Roxin, Claus, *"Derecho penal parte general"* p. 400.

²⁶⁷ W. Frisch, citado por Roxin, Claus, *"Derecho penal parte general"* p. 401.

También, la no-imputación al primer interviniente debe prevalecer para el caso de que el lesionado violando su auto-protección no permite de manera voluntaria y consiente la atención del médico dentro de los cánones de la *lex artis*, o si ella, por sí misma, mantiene infectadas sus heridas y provoca su fatal desenlace.

Roxin, quien se ha preocupado por desarrollar el alcance del tipo y ha estudiado otros supuestos²⁶⁸ que a su parecer no son comprendidos dentro del tipo *-no generan imputación-* nos habla de los daños causados por Shock,²⁶⁹ por ejemplo, cuando una persona muere de la impresión al enterarse de la muerte de su hijo en un accidente automovilístico o aquel caso, en que:

“..un conductor que padecía problemas cardiacos, sufrió un infarto al ser imprudentemente sobrepasado por el conductor de otro automóvil;”²⁷⁰

IV.- La imputación objetiva en Jakobs

1.- Aspectos generales de la construcción normativista

El profesor de Derecho penal y filosofía del Derecho, separándose de las construcciones anteriores *-causalista y final de la acción-* explica, las:

“..líneas de la imputación objetiva nos muestran que la dogmática naturalista, y su planteamiento de quién ha causado qué con qué actitud subjetiva, ha sido substituida por una dogmática normativa que inquiere a quién incumbe qué suceso.”²⁷¹

²⁶⁸ Roxin, Claus, “*Derecho penal parte general*” p. 1012 y ss.

²⁶⁹ “Estos supuestos son aquellos en los que el trauma psíquico que experimenta la víctima o un tercero como consecuencia de un hecho violento cometido en su contra o que tiene oportunidad de presenciar, quieren ser cargados en la cuenta del que ejecuta tales hechos” Julio Fierro, Guillermo, “*Causalidad e imputación*” p. 412.

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ Esta idea se puede leer en el prólogo de la obra de Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*”

Esas líneas -a las que se refiere el autor- se hacen consistir en "...la doctrina de la conducta no permitida..."²⁷² que "puede reducirse a la cuestión de cuándo el significado de un comportamiento es idéntico con el significado del tipo,"²⁷³ y da base, a la:

"...teoría de la realización del riesgo. Dicho con un ejemplo; la cuestión de la realización del riesgo se plantea también cuando la persona a quien el autor apunta con un arma de fuego, y con dolo de matar, muere del susto producido por el sonido del disparo. Puede suceder que el sujeto desencadene con su conducta un riesgo que ya existía antes y con cuya concurrencia no hay porque contar, y entonces, para la imputación del resultado, es indiferente si la conducta, a su vez, es permitida o no permitida, y si, en este último caso, es doloso o imprudente"²⁷⁴

Respecto de la postura *relativa a la conducta no permitida* es ineludible hacer referencia al desarrollo que la sociedad ha alcanzado, pues, si logramos percibir el grado de progreso y tecnificación alcanzados, conseguiremos comprender su tolerancia o intolerancia a los riesgos y ello impactará en el ámbito de la imputación objetiva, dado que una sociedad poco desarrollada permitirá mayores riesgos que aquella con un grado mayor de desarrollo; en ese último caso, se buscará establecer mayores exigencias en la adopción de nuevas tecnologías y el campo normativo se verá impactado con mayores medidas de precaución y de cuidado para la realización de esas actividades. De ese modo, se logra relacionar al derecho y en especial al derecho penal con la sociedad y se da base, para la imputación objetiva de la conducta humana; asimismo, se puede decir que mediante esa vinculación cada persona se conducirá de acuerdo a un "rol"²⁷⁵ y que, éste, nos permitirá determinar el momento en que una

²⁷² *Id.*

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ "Cabe entender estos roles como un haz de expectativas recíprocas y de las correspondientes posibilidades de reacción...En la medida en que, pese al uso universal de la libertad, la configuración del mundo debe seguir siendo determinada o al menos determinable para los demás, los que lo configuran han de cuidar de no introducir riesgos insoportables para los otros. Se trata, por tanto, del rol del ciudadano en cuanto persona, que puede exigir no ser dañado por los demás, pero que, por su parte, no puede dañar a otros. Con otras palabras, se trata de un rol

conducta puede ser calificada como relevante para la ley penal, por que se ha apartado de las expectativas normativas que se esperaban de él. Esto es:

“..se determina si concurre una expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión”²⁷⁶

En ese escenario, para la determinación de la conducta prohibida es necesario comprobar si de acuerdo al “rol” existe una defraudación y si ésta *-en su expresión de sentido-* se encuentra en contrasentido con la norma y de ser así, se funda la aplicación de la pena que busca confirmar la vigencia de la norma no solo frente al infractor sino también frente a toda la sociedad. Para ese efecto *en el nivel objetivo de imputación de comportamientos*:

“..propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de verse el juicio de tipicidad. Riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso”²⁷⁷

2.- Instituciones Dogmáticas

2.1.- El riesgo permitido

El término que nos ocupa²⁷⁸ *-siguiendo los fundamentos esbozados por su autor-* suele presentarse de manera cotidiana en el contexto del desarrollo de las actividades del hombre en sociedad; por ende, si atendemos a la

recíprocamente determinado de un modo negativo: no daña y exige no ser dañado.” Jakobs, Günter, “*Estudios de Derecho Penal*” p. 211.

²⁷⁶ Cancio Meliá, Manuel, “*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*” p. 48, 49.

²⁷⁷ *Ibid.* p. 49, 50.

²⁷⁸ “El riesgo permitido se define... como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica =de una ponderación omitida-, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación” Cancio Meliá, Manuel, “*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*” p. 50.

diversidad de riesgos *que son permitidos*²⁷⁹ a los que se enfrenta el ser humano en el transitar de su vida, es posible percibir la gama de éstos:

“..Por ejemplo, en la utilización de máquinas peligrosas, en el tránsito vial o aérea, en el suministro de medicamentos con posibles efectos colaterales nocivos...”²⁸⁰

Quizás, a eso se deba “..su traicionera procedencia de la dogmática de la imprudencia.”²⁸¹ pues, en nuestro quehacer cotidiano debemos conducirnos con las debidas medidas de precaución y de cuidado para no incurrir en conductas penalmente relevantes; siendo así, debido a:

“..que una sociedad sin riesgo no es posible y nadie se plantea estrictamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado como riesgo permitido.”²⁸²

Luego, del concepto de “Riesgo permitido”²⁸³ pueda decirse que “..suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisión...”²⁸⁴ y dado que se trata de riesgos existentes *habitualmente* en

²⁷⁹ Actualmente se ha establecido una fuerte discusión respecto a su autonomía, a su relación con la adecuación social, etc, ver, Maiwald, Manfred, “*De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho penal*”, Traducción de Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de conferencias y artículos No 6, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho”, Colombia, 1996.

²⁸⁰ Maiwald Manfred, “*op. cit.*,” p. 18.

²⁸¹ Struensee, Eberhard, “*op. cit.*,” p. 306.

²⁸² Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*” p. 33.

²⁸³ “Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud; si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. De este modo cabe distinguir con nitidez lo permitido de lo no permitido especialmente en el tráfico viario. Conducir en Estado de embriaguez, efectuar un adelantamiento indebido, conducir un vehículo con exceso de carga, etc. Son, casi sin excepción, formas de comportamiento que exceden del riesgo permitido. Junto a tales determinaciones legales del límite entre la conducta permitida y la que no lo está, entran en juego reglas técnicas reconocidas de ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos y, además las normas técnicas. Todo esto describe el estado debido de las condiciones en que ha de hallarse el marco de la interacción social y, donde estas descripciones faltan, hay que atender al comportamiento del administrador diligente o del cuidadoso padre de familia o, ciertamente, también de la cuidadosa madre de familia.” Jakobs, Günter, “*Estudios de Derecho penal*” p. 213.

²⁸⁴ Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*” p. 34.

los contactos de interacción social (de conductas socialmente adecuadas), éstas, se configuran:

"..de manera histórica, es decir por su propia evolución. El derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. Esto es, tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar"²⁸⁵

En efecto, para la valoración de una conducta es importante determinar lo que es "socialmente normal", puesto que:

"..no puede esperarse, y de hecho no se espera, que se evite cualquier comportamiento con efectos causales, sino solo la evitación de comportamientos..que infringen el deber de cuidado"²⁸⁶

2.2.- El principio de confianza

Este principio,²⁸⁷ regula la actuación de las personas en el ámbito de la *división del trabajo* y desde allí, explora cuando una persona ha defraudado su "rol". En definitiva, la sociedad se encuentra estructurada de tal forma que sin la división del trabajo ciertas actividades serian imposibles de realizarse si a todos se nos exigiera controlar la actuación del otro; por eso, nos exigimos tener confianza en que el otro realizará su función con apego estricto al cumplimiento de sus deberes:

"..por ejemplo, cuando un médico utiliza su bisturí en la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado o,..cuando alguien recoge un vehículo del taller de reparaciones y confía en que las zapatas de los frenos habrán sido correctamente montadas por el mecánico"²⁸⁸

²⁸⁵ *Ibid.* p. 36.

²⁸⁶ *Ibid.* p. 37.

²⁸⁷ ..determina cuando existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido) y cuando se puede confiar lícitamente en las responsabilidades de esos otros sujetos" Cancio Meliá, Manuel, "*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*" p. 50.

²⁸⁸ Jakobs, Günter, "*Estudios de Derecho penal*" p. 219.

Este criterio, se aplica, en aquellos:

"..casos en los que alguien..sea garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente.."289

2.3.- Actuación a propio riesgo

Con este criterio se atiende a aquel campo de interacción social en el cual el comportamiento de la víctima²⁹⁰ es de tal magnitud que es a ella a quién se le imputa el resultado penalmente relevante.²⁹¹ Ésa postura, en el contexto del análisis sistemático del injusto penal y específicamente en el ámbito del tipo objetivo había quedado estancada y es que establecer el papel que despliega la víctima *-no únicamente en forma pasiva, sino de manera activa-* era algo que hasta hace poco tiempo era impensable; en virtud, de que se ha aceptado que no es posible considerar la actuación de la víctima como determinante para excluir la punibilidad, siendo ello, así, debido a que: "...el nacimiento del Derecho penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima"..."²⁹² No obstante, esa visión esta cambiando²⁹³ y se viene avivando un interés *por la víctima* en el terreno discursivo de la doctrina penal moderna.

²⁸⁹ *Ibid.* p. 218.

²⁹⁰ "...o "competencia de la víctima" —mediante la cual Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso-, tan sólo ha sido esbozada en algún trabajo monográfico y en su tratado sobre la Parte General aún presenta un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos" Cancio Meliá, Manuel, "*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*" p. 51.

²⁹¹ Son: "...supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada, casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la "desgracia", sino la "lesión de un deber de autoprotección" o incluso la "propia voluntad"; la infracción de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de "acción a propio riesgo" *Ibid.* p. 28.

²⁹² W. Hassemer, citado por Cancio Meliá, Manuel, "*Conducta de la Víctima y Responsabilidad Penal del Autor*", Ángel Editor, México, 2001, p. 11.

²⁹³ "...del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima, lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo" Jakobs, Günter, "*La imputación objetiva en Derecho Penal*" p. 30.

En términos muy generales *podemos comentar* que la tipificación de las conductas prohibidas o mandadas por el legislador *-que buscan la protección de bienes jurídicos-* han considerado a la víctima de manera pasiva; esa perspectiva ha sido cuestionada al considerarse que la actuación de la víctima²⁹⁴ puede generar consecuencias para sí misma y ser motivo de exclusión de la imputación en el ámbito penal. En suma:

“Se trata de casos en los que el titular del bien jurídico incita a otro a realizar una conducta dañosa sin una razón poderosa para hacerlo; el otro no tiene entonces la obligación de proteger los bienes del instigador de un modo más cuidadoso que éste mismo; la incitación se produce, por tanto a riesgo propio..”²⁹⁵

En consecuencia es viable sostener que la actuación del pasivo que se realiza violando su propia seguridad no puede dar base a que se castigue a alguien más; luego:

“..Quien participa en una dura contienda, como por ejemplo un combate de boxeo, no tiene derecho a no resultar lesionado. El ejemplo que en la actualidad se discute con mayor intensidad es el siguiente: quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa a propio riesgo, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH”²⁹⁶

2.4.- Prohibición de regreso

Con él²⁹⁷ *prohibición de regreso*²⁹⁸ se ha pretendido resolver aquellos supuestos en que la actuación imprudente de una persona es aprovechada

²⁹⁴ El sistema penal en el análisis del juicio de tipicidad al encuadrar la conducta que se presenta en el mundo fáctico con la descrita en la norma penal, atiende, en la parte objetivo del tipo, al sujeto pasivo, pero su papel queda reducido a ser el pasivo de la actuación calificada de penalmente relevante del activo del injusto penal y por tanto, analizar su actuación, era algo inimaginable.

²⁹⁵ Jakobs, Günter, “*Estudios de Derecho Penal*” p. 221.

²⁹⁶ Jakobs, Günter, “*La Imputación objetiva en Derecho penal*” p. 29.

²⁹⁷ “..es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar en sentido de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento..” Jakobs, Günter, “*Estudios de Derecho Penal*” p. 218.

²⁹⁸ “..cabe decir que lo que JAKOBS pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto

por un tercero para la comisión de un delito doloso²⁹⁹ o imprudente³⁰⁰ y se pretende resolver normativamente aquellos supuestos en que la causalidad naturalística o finalista con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones ampliaba la aplicación del derecho penal; al establecerse responsabilidad en quien ponía una condición que no podía suprimirse mentalmente sin que el resultado penalmente relevante desapareciera (*la causa, es causa de lo causado*); además, eso, es lo que se percibía en el hipotético supuesto de que alguien lesionaba levemente a una persona que posteriormente moría debido a una intervención desafortunada del médico, siendo claro que el primer autor —*quien infería la lesión leve*— había puesto una condición para que el lesionado se presentara buscando la atención del médico que por negligencia provocaba el resultado fatal y que si se suprimía mentalmente esa leve lesión, el pasivo no tendría que

para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Para Jakobs, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser "distanciado" de él" Cancio Meliá, Manuel, *"Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva"* p p. 51, 52.

²⁹⁹...las soluciones hasta aquí expuestas no son exclusivamente aplicables a delitos culposos,.. sino que también en situaciones donde el primer autor ocasiona dolosamente una lesión personal, aunque esta solo se agrava o causa la muerte de la víctima por su propia negligencia o por su propios errores. La situación puede ser analizada con base en dos casos extraídos de la jurisprudencia austriaca. Durante una acalorada discusión en una taberna, la víctima insulto reiteradamente al acusado, quien finalmente decidió agredirla lanzándole un vaso de vino contra la cara. La víctima sufrió una cortada en el arco superficial derecho y además una perforación en el globo ocular, con sangrado interno en la antecámara del ojo. A las pocas horas le fue suturada en la clínica la herida del arco superciliar y se le recomendó la practica inmediata de una operación para subsanar la herida interna del ojo, recomendación que fue rechazada por el herido. Dos semanas mas tarde, cuando la víctima acudió a un centro clínico para que le fueran retirados los puntos de la sutura, los médicos le aconsejaron que buscara un oculista para que le examinara la herida interna del ojo, consejo que también fue desatendido por el herido, quien prefirió seguirse atendiendo la herida con remedios caseros. Cuatro meses después, cuando la víctima decidió finalmente acudir a un centro hospitalario para que le fuera tratada la herida interna del ojo, este tuvo que serie quirúrgicamente retirado" Reyes Alvarado, Yesid, *"op. cit."*, p p. 343, 344.

³⁰⁰ "En términos generales puede afirmarse entonces, que no hay imputación del resultado muerte al primer autor, cuando la víctima rechaza las acciones de salvamento que se le ofrecen, cuando se niega a que le sea practicada una intervención quirúrgica que los médicos consideran indispensable para salvarle la vida, como cuando se niega a consultar a un médico o dejarse tratar en una clínica, o cuando contraviniendo las indicaciones que le han sido suministradas por el médico para buscar su recuperación. En todos estos casos, la eventual muerte del herido no se deberá ser objetivamente imputada al primer autor, en cuanto se demuestre dentro del proceso que el fallecimiento es explicable por esa conducta negligente de la víctima y no por las lesiones que a ella le ocasionara el primer autor" *Ibid.* p p. 340, 341.

presentarse en el hospital y el profesional de la medicina no hubiese tenido la oportunidad de actuar negligentemente provocándole la muerte. Hoy en día, la teoría de la imputación objetiva pretende resolver el problema con base normativa; estableciendo que puede imputarse un resultado a quien ha creado el riesgo y lo ha materializado objetivamente. En consecuencia:

“..dentro de una teoría de la imputación objetiva no hay lugar para el análisis de los fenómenos internos propios del individuo, de manera tal que los aspectos relacionados con el dolo y la culpa sólo deben ser objeto de análisis dentro de lo que hemos denominado una teoría de la imputación subjetiva. Esto significa que siendo la prohibición de regreso una particularidad de la imputación objetiva, los casos problemáticos que ella representa deben ser resueltos con absoluta prescindencia del aspecto subjetivo de los individuos que hayan tomado parte en los hechos investigados. En otras palabras, dentro del juicio de imputación objetiva interesa tan solo determinar si alguien generó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado, y si ese riesgo se realizó en el resultado penalmente relevante, sin que tenga importancia determinar si esa conducta generadora del riesgo desaprobado fue desplegada en forma dolosa o culposa”³⁰¹

V.- Consideraciones críticas en torno a los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva

1.- Los inconvenientes del planteamiento funcionalista

Para poder desarrollar el presente apartado,³⁰² es necesario reconocer que el hombre no puede ser concebido como un ser aislado y antisocial, sí, en cambio, como un ser que busca su realización, desarrollo y satisfacción en

³⁰¹ *Ibid.* p p. 327 328.

^{302a} La crítica a las teorías funcionalistas basadas por las teorías de sistemas de Luhman, emprendidas, en particular por el profesor Alessandro Baratta contra la teoría funcionalista de Jakobs, se construía sobre la base de que las reacciones penales basadas en la prevención general positiva, sustituyendo a la prevención especial, hacia que las instituciones despreciaran alternativas a la pena, convirtiendo a ésta en un abuso, llevándola a posiciones radicales asignándole un papel represivo, sin que diera lugar a otras alternativas para solucionar los conflictos sociales arrogándose una concepción conservadora, tecnocrática y autoritaria, funcional del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad en la respuesta penal..” Alessandro Baratta, citado por González Salas-Campos, Raúl, “*El Sistema Funcionalista, sus Postulados, Impactos y Perspectivas*”, Sustentada en el marco del II seminario Internacional de Derecho Penal “*La dogmática penal y la política criminal en el momento actual*”, Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C, Realizado en el Auditorio de la Pinacoteca Virreinal de San Diego y en la Escuela Libre de Derecho, en México D. F, Febrero de 1999.

el grupo social;³⁰³ siendo allí, donde encuentra la posibilidad real de satisfacer todas sus necesidades –de habitación, vestido, alimento, etc- y pretende dar sentido a su existencia; por tanto, no nos resulta extraño –siguiendo la teoría del contrato social de Juan Jacobo Rousseau- comprender que el individuo haya delegado parte de su libertad al ente denominado Estado³⁰⁴ para que se encargue de establecer las condiciones materiales suficientes y necesarias para el logro de la satisfacción de esas necesidades. Así, corresponde al Estado regular la convivencia de los seres humanos en la sociedad y establecer los límites que permitan una coexistencia pacífica; es decir:

"la regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás"³⁰⁵

A pesar de eso, en ese espacio de las expectativas sociales existen diferentes normas que regulan la conducta del hombre; a nosotros, particularmente nos interesa:

"...la norma jurídica que a través de la sanción jurídica, se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico"³⁰⁶

Además, debe recordarse que el Derecho penal tiene como función la de regular los delitos, las penas y las medidas de seguridad y en acatamiento del principio de un derecho penal mínimo establece con toda

³⁰³ "La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio" Muñoz Conde, Francisco, *"Derecho penal y control social"*, 2ª Edición, ed., Temis, Bogotá, Colombia, p.10.

³⁰⁴ Aunque, hoy, parece cuestionarse la validez de esa postura debido a que una sociedad no es cualquier congregación de hombres, sino aquella agrupación que se encuentra estructurada y regulada según la norma.

³⁰⁵ *Ibid.* p. 11.

³⁰⁶ *Ibid.* p. 13.

claridad aquellas conductas que por ser gravemente infractoras del orden social merecen ser sancionadas con una pena. En ese contexto, adquiere relevancia social la actuación humana y para la doctrina normativista, resulta claro que:

“..el delito no es mas que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social; la pena o, en su caso, la medida de seguridad, la expresión simbólica de lo opuesto, es decir de la superioridad simbólica del sistema.”³⁰⁷

En consecuencia, cuando se presenta un desvío de las expectativas – del “rol” – la reacción es la aplicación de la pena, porque es necesario hacer que la norma sea restituida en su vigencia. Esa manera de concebir al ordenamiento jurídico origina una visión de funcionalidad o mejor aún, un subsistema social³⁰⁸ cuya única función es resolver el fenómeno delictivo a través de la aplicación de la pena y a través de ella, lograr la validación de la vigencia de la norma; y

“..conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema”³⁰⁹

Entonces, el sistema, se constituye en un modelo de funcionamiento perfecto en el que los sujetos individualmente considerados pierden importancia y son intercambiables y lo más grave, legitima el ejercicio del *ius puniendi* sobre la base de interpretaciones y no sobre aspectos que den seguridad jurídica al gobernado, pues, lo que se sanciona a través de la reacción punitiva es el desvío respecto de las expectativas normativas del “rol” que desempeña cada persona en la sociedad y no la infracción a la descripción verbal contenida en la ley penal que busca precisar las

³⁰⁷ *Ibíd.* p. 16.

³⁰⁸ “..es cierto que desde la perspectiva funcional, de lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico..” Jakobs, Günther, “*Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*” p. 20.

³⁰⁹ Baratta, citado por Muñoz Conde, Francisco, “*Derecho Penal y Control Social*” p.16.

conductas merecedoras de sanción y en consecuencia, podemos señalar que cuando se atiende al "rol", éste, queda a criterio del Juzgador -se establece un principio de arbitrariedad- y nos apartamos del principio *nullum crimen nullum poena sine lege*. En esencia, se:

“...conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de “funcionalidad del sistema social”, perdiendo así la ciencia del derecho penal el último punto de apoyo que le queda para la crítica del derecho positivo”³¹⁰

Siendo así, debido a que lo que finalmente protege el Estado es la vida, la seguridad, la propiedad, la libertad, etc. de sus gobernados, en suma, los bienes jurídicos³¹¹ más sensibles para la sociedad -que por ser tales- merecen ser resguardos y si se cambia su orientación buscando restablecer la vigencia de la norma violada se puede caer en el exceso de pretender la vigencia del sistema normativo no importando que su contenido pueda ser de corte autoritario.

2.- Lo inconveniente de acudir al “rol” para fundamentar la actuación jurídicamente relevante

Procurar equiparar el ordenamiento jurídico a un subsistema social con una función específica, es reunir, erradamente el sentido de la norma penal con su incidencia en el ámbito social; porque, sí bien, el hombre vive y se desarrolla en la sociedad y en ese contexto adquiere importancia su actuación; no debe dejarse de lado, el reconocer que una cosa es la

³¹⁰ Amelung, citado por Muñoz Conde, Francisco, “Derecho penal y control social” p. 18.

³¹¹ De manera crítica, se ha sostenido: “Es una explicación realmente curiosa: se exige que un objeto real del bien jurídico esté afectado para legitimar la reacción penal, porque ésta está para proteger el bien jurídico; ahora; si el bien jurídico está afectado, ¿qué protección de éste podría cumplir realmente la sanción?” Sancinetti, Marcelo A., “Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados”, Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de Conferencias y Artículos No 9, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpresión, Colombia, 1998, p. 14.

búsqueda del conocimiento de lo social³¹² que en el caso específico de la sociología jurídica "... intenta explicar las causas y efectos del derecho"³¹³ y otra, el estudio, la sistematización e interpretación de la norma jurídica; en otras palabras, no debe perderse de vista el hecho de que aunque la ciencia jurídica³¹⁴ guarda estrecha relación con la sociología y particularmente con la sociología jurídica su objeto de conocimiento las separa; pues, una cosa es tener por objeto de estudio el *hecho social*, la realidad social y otra muy distinta trabajar con consideraciones normativas que se ubican en el mundo del deber ser y que adquieren plena relevancia cuando se presenta en la práctica esa conducta descrita en el mundo hipotético-normativo. Por consiguiente, no es viable, para explicar la interpretación y el sentido de la conducta humana atender a la interpretación de las normas penales tomando conceptos que son de uso propio de otras ramas del conocimiento para adaptarlos al mundo jurídico; esto último, no es

³¹² "La Sociología es el estudio científico de los hechos sociales, de la convivencia humana, de las relaciones interhumanas, en cuanto a su realidad o ser efectivo" Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Sociología", Reimpresión de la tercera edición, ed., Porrúa, México, 1980, p. 4.

³¹³ Correa, Oscar, "Introducción a la Sociología Jurídica", Ediciones Coyoacan, Universidad autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1992, p. 23.

³¹⁴ "La ciencia jurídica dogmática o técnica estudia las normas de un determinado sistema de derecho positivo vigente, o de una rama de éste, por ejemplo: Derecho civil mexicano, Derecho penal, francés, Derecho procesal uruguayo... Ciertamente que esas normas no se hallan flotando, desconectadas de la realidad social, antes bien se dan en estrecha relación con esa realidad: en primer lugar, han surgido del seno de dicha realidad colectiva; y en segundo lugar, son normas cuyo propósito es precisamente ordenar esa concreta realidad social; cuyos contenidos responden a los problemas planteados por la vida social en una particular situación histórica, y cuyo sentido se refiere a la realidad de esa situación histórico-social. Pero aunque sea así, el jurista no trabaja directamente con realidades sociales, sino con normas, esto es, con ideas normativas. Claro que el jurista debe aplicar esas normas a las realidades sociales concretas, para lo cual tendrá que conjugar el sentido de las reglas generales con la significación de los casos particulares. Sin embargo, en todo caso el objeto de la ciencia jurídica dogmática o técnica no está constituido por puros hechos, sino por normas. No es enunciativa de realidades sino de que es especificadora de preceptos. Y cuando el jurista tiene que habérselas con realidades humanas, no las estudia como meros hechos, sino que las toma en consideración desde el punto de vista normativo: toma en cuenta solo aquellas realidades que son jurídicamente relevantes, y sólo en los aspectos que vienen en cuestión para el Derecho, y únicamente a los efectos prácticos de establecer las consecuencias normativas que se deriven de aplicar las normas a tales realidades... o, dicho con otras palabras, al jurista, en tanto que tal, le interesa averiguar los deberes jurídicos y los derechos subjetivos de las personas implicadas en una determinada situación social —bien en términos abstractos e hipotéticos, como lo hace por ejemplo, un tratadista de Derecho civil, bien en relación con un caso concreto y real, como lo hacen el abogado y el juez." Recasens Siches, Luis, "op. cit.," p. p. 578,579.

metodológicamente³¹⁵ correcto; además, no debe olvidarse que el método que utiliza el derecho, es un "...camino para alcanzar un saber jurídico..."³¹⁶ y si esto no es respetado se provoca que -los conceptos- no sean adecuados para explicar el contenido de la norma penal porque se oscurece el sentido de la actuación penalmente relevante del hombre en el campo del derecho;³¹⁷ luego, el introducir el concepto de "rol" social³¹⁸ provoca que el juzgador tenga que recorrer caminos pocos seguros y pantanosos de carácter interpretativo³¹⁹ que irremediablemente lo alejan de la aplicación precisa y estricta de la ley y provoca en el gobernado una incertidumbre que le imposibilita conocer lo ordenado o lo prohibido.

3.- Mas allá de los fines de prevención

El planteamiento de la construcción normativista y racional-final acuden a la prevención general,³²⁰ la primera, para confirmar la vigencia de la norma frente al individuo y a la sociedad y la segunda, atendiendo al concepto de

³¹⁵ "El método jurídico es fundamentalmente de interpretación de la ley y ésta se expresa en palabras (lenguaje escrito). Ese camino conduce a un objetivo práctico -que es orientar las decisiones de la jurisprudencia- y, por ende, lo alcanza conforme al modo en que se conciben esas decisiones. De allí que el método siempre se halle condicionado por el modelo de estado al que sirve el saber jurídico, o sea, que su elección va precedida por una decisión política fundamental." Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, "*Derecho penal. parte general*," p. 74.

³¹⁶ *Id.* p. 74.

³¹⁷ "...dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo" Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, "*Derecho Penal. Parte General*" p. 446.

³¹⁸ "...por rol se entiende aquí un sistema de posiciones definidas de modo normativo, que puede estar ocupado por individuos cambiantes" Jakobs, citado por Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, "*Derecho penal. parte general*," p. 446.

³¹⁹ "...bajo la denominación «imputación objetiva» no se esconde más que una solución de compromiso que persigue excluir la punibilidad con criterios vagos e indeterminados que, en muchas ocasiones, solo acuden al «sentimiento jurídico» más que a la razón." Feijóo Sánchez, Bernardo, "*op cit.*," p. 89.

³²⁰ El problema que se percibe -en sistemas que tienen este tipo de orientaciones-, es que se puede dar: "...lugar a que cambien las finalidades, según el poder político, en cada época y en cada ámbito geográfico..." González Salas-Campos, Raúl, "*El Sistema Funcionalista, sus Postulados, Impactos y Perspectivas*", Sustentada en el marco del II seminario Internacional de Derecho Penal "*La dogmática penal y la política criminal en el momento actual*". Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C., Realizado en el Auditorio de la Pinacoteca Virreinal de San Diego y en la Escuela Libre de Derecho, en México D. F., Febrero de 1999.

la culpabilidad y a los fines de la pena sostiene el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; esa alineación, nos enfrenta al problema de la lucha contra el delito a partir del sistema penal y deja de considerar otras opciones en la solución de los problemas,³²¹ pese a ello, no se renuncia a reconocer que - gracias a los esfuerzos teóricos de Roxin- una de las actuales tendencias de la dogmática penal sustenta que se le debe vincular a la política criminal. Así:

"..Roxin afirma que se deben resolver los problemas teniendo en cuenta fines político-criminales que nos ayudan a desentrañar las dificultades de la tipicidad (¿La intimidación, la prevención general positiva, la prevención especial, la protección de bienes jurídicos, la satisfacción de deseos de venganza, etc.?)[...] Por ejemplo, dependiendo de la importancia que se le otorgue a la salvaguarda de bienes jurídicos, los límites del riesgo permitido o del principio de confianza serán más amplios o más estrechos o será distinto la relevancia que se le conceda al comportamiento de la víctima como dato a tener en cuenta para limitar la imputación de resultados."³²²

Por otra parte, no debe dejarse de considerar que esa política criminal y esos fines del derecho penal deben ser delineados a partir de los fundamentos que caracterizan a un Estado Social y Democrático de Derecho; dado que, en la doctrina penal actual se cuentan con criterios de prevención general y especial: *La confianza en el derecho, la Intimidación, la readaptación social, la segregación de los Incorregibles*, y si se acude a la finalidad que tienen los tipos penales, podemos observar que con ellos se busca la protección de bienes jurídicos; si estudiamos la finalidad de la antijuridicidad veremos que tiende resolver conflictos sociales, etc.; esto, nos lleva a percibir que el Derecho penal puede ser efectivamente vinculado a fines y que éstos deben estar vinculados a la protección de los valores supremos de la sociedad; a la cristalización de la seguridad jurídica y del fortalecimiento del principio de legalidad; con la idea de que la

³²¹ El Estado Moderno debe optar por alternativas de solución del fenómeno de la criminalidad preferentemente fuera del ámbito penal: tales como la generación de empleos, la lucha contra la pobreza y la marginación, el analfabetismo, etc.

³²² Feijóo Sánchez, Bernardo, "op. cit.," p. 89.

persona no sea instrumentalizada en la consecución de ciertos fines sino que se respete su dignidad como ser humano y se de origen a una política garantística del gobernado frente a las facultades punitivas del Estado. Entonces, no es conveniente dejar esos fines al poder político porque eso nos conduciría al terreno poco seguro y pantanoso de la inseguridad; al fortalecimiento y ensanchamiento del poder en detrimento de las garantías fundamentales del individuo y se transitaría hacia un Estado donde soplarían vientos autoritarios. Lo anterior *adquiere importancia* si se considera que en la actualidad:

“..la imputación objetiva aparece, dogmáticamente, como una postura teórica de muy corto alcance y, criminológica y político-criminalmente considerada, solo conectada con aquellas posiciones que entienden en definitiva que el problema criminal queda reducido sólo a la llamada delincuencia callejera (a un determinado estrato de la población, que es la que puebla normalmente las cárceles)...Ello no es extraño, pues el positivismo, que dio origen a la acción causal, partía de este planteamiento empírico (el criminal como un ser anormal, diferente, propio de un determinado estrato); la acción causal estaba cargada de esa intencionalidad (político-criminal)...El positivismo sigue campeando a sus anchas.”³²³

Luego, *no puede ser válido* aceptar una orientación anti-garantística en la que se sojuzguen las garantías del gobernado; que de lugar a una dialéctica tendiente al debilitamiento de esos derechos y que posibilite el retorno a aquellos días en que el Derecho estaba sujeto a la voluntad de uno o de algunos y se viva bajo el “*terror pena*”. De la misma manera, debe meditarse en el hecho de que:

“..nadie ha podido explicar todavía cómo se pueden sistematizar las leyes penales de acuerdo a las necesidades de una disciplina con vigencia previa al Derecho penal positivo o que funciona como un sistema crítico externo al mismo.”³²⁴

³²³ Bustos Ramírez, Juan; Laurarí, Elena, “*op. cit.*,” p p. 15, 16.

³²⁴ Feijóo Sánchez, Bernardo, “*op. cit.*,” p. 88.

Así, el Estado, al dar origen a la ley penal, va delineando la política pública que seguirá en su lucha contra la criminalidad y es en base a aquélla -a la ley- que la ciencia penal al interpretar sus principios, contenidos, sus relaciones, etc.; determina los presupuestos teórico-jurídicos que fundamentan el ejercicio del *ius puniendi* y no:

“..primero se decida la consecuencia que parece más deseable en el caso concreto y, a continuación, se efectúen las modificaciones los presupuestos del delito necesarias «a fin de adaptar el sistema a las consecuencias que se entiendan más satisfactorias»³²⁵

Con ello, *se invierte la manera de abordar el estudio del injusto penal*; porque, ahora, habrá que afrontar el estudio del delito a partir de sus consecuencias; desde lo que el Estado puede exigir al gobernado y eso, lo podemos esbozar estableciendo que lo que le interesa evitar -desde el punto de vista social- es que se presenten consecuencias nocivas para el grupo social y justamente por eso es necesario precisar que la función de la ley penal es establecer mandatos y/o prohibiciones para que el ciudadano haga lo que se le ordena hacer o se abstenga de hacer lo que la norma penal le prohíbe.³²⁶

En el *normativismo*, lo importante, es establecer si el activo entabló una comunicación de sentido defectuosa con la norma y de ser así -de manera automática- se activará la consecuencia para confirmar su vigencia, la pena. Ello, se advierte, en el siguiente comentario:

“..las normas de sanción (imposición de la pena y la ejecución de ésta, incluida la ejecución penitenciaria) tienen por finalidad inmediata la estabilización de las normas penales de conducta y confirmar su vigencia,

³²⁵ *Id.*

^{326a} ..la configuración legal de los delitos contiene invariablemente imperativos; es decir, prohibiciones o mandatos de un actuar humano, cuya misión no se agota en “determinar” causalmente a los destinatarios de las normas a la realización de ciertas acciones u omisiones, sino en, motivarlos para que no dañen o protejan de peligro las realidades que se estiman valiosas, luchando contra las consideradas socialmente dañinas” Medina Peñalosa, Sergio Javier. “La imputación jurídico penal” p.125.

tanto en forma preventivo general frente a todos los ciudadanos, como en modo preventivo especial frente al concreto autor.³²⁷

Con esa idea habrá que precisar que frente a la actuación del hombre en sentido contrario al contenido de la norma penal el Estado puede exigir del ciudadano que asuma las consecuencias de su actuación (*cumpla la pena*) y con ello, se diluye la importancia del principio de culpabilidad,³²⁸ simultáneamente, se restablece su vigencia y recupera la confianza en el derecho; haciéndose evidente -además- el papel esencial que la prevención general positiva³²⁹ juega en esa forma de analizar al injusto penal y también nos deja percibir un peligro muy serio; pues, no importa el contenido de la norma penal -que puede ser de corte autoritario- porque lo único que importa es que esa norma en un proceso de comunicación con el activo desviado sea restablecida en su vigencia mediante la aplicación de la sanción; dejándose de lado, el concepto del *hombre libre* y en su lugar se implanta la superioridad del sistema. También, debe reconocerse que el poder -que viene siendo limitado en su ejercicio con los presupuestos teórico-jurídicos que fundamentan la reacción punitiva del Estado- se puede extender si se considera que ahora se analiza al delito a partir de lo que el Estado le puede exigir al ciudadano *acciones u omisiones que tiendan a evitar daños sociales* y en caso de su inobservancia, se activa la aplicación de la pena.

³²⁷ *Id.*

³²⁸ „solo al autor le debe resultar imputable objetivamente su comportamiento en su peligrosidad o en su aptitud salvadora del riesgo que implica, puesto que únicamente así puede darse la necesidad de restablecer la confianza en las normas, motivada por la realización de la acción prohibida o la omisión de la acción mandada.” *Ibid.* p. 126.

³²⁹ “Los defensores del criterio de la prevención general, modificando la culpabilidad, no dudarán en castigar al psicópata perverso, basados fundamentalmente en la peligrosidad futura, y van a sostener que es éste un claro artificio para conciliar las necesidades preventivas con las de la culpabilidad, aunque no se diga de manera expresa. Argumento que se rebate argumentando que la inimputabilidad del psicópata perverso, en los casos en que no haya podido comprender la criminalidad del acto, se debe a que no se pudo motivar en las normas, con lo cual, se respeta la dignidad humana, mucho mas que si por una ficción de carácter preventivo se aplica pena. Y este es el camino que ha tomado tanto la doctrina como la jurisprudencia” Alberto Donna, Edgardo, “Teoría del delito y de la pena”, 1ª reimpression, ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, p p. 239,240.

Nosotros -por nuestra parte- nos mostramos partidarios de la vigencia del *principio del Derecho penal mínimo* y de la utilización del sistema penal como *última ratio* para la solución de los problemas; luego, es factible, e! considerar que la respuesta a los factores desencadenantes del triste fenómeno de la criminalidad pueden buscarse en un frente diverso al sistema penal; es decir, lo que queremos enunciar es el hecho de que el sistema penal es reactivo y su funcionamiento se activa en forma ulterior a la presentación del hecho en la realidad, mientras que, si se atacan los factores desencadenantes del ilícito, es factible, pensar, que la criminalidad tienda a disminuir; aunque, debe aceptarse que -en el corto plazo- no se tendrán resultados inmediatos y espectaculares, pues, se trata de un esfuerzo permanente, continuo y a largo plazo.

Ampliando lo dicho, vale la pena señalar que el Estado dispone de diversas políticas públicas en su lucha contra el delito y una de ellas es la llamada *Política Criminal*³³⁰ que -en nuestra opinión- encierra un problema en su denominación a causa de que debiera referirse a esa actividad gubernamental,³³¹ y su designación corresponder a la lucha contra el crimen, por eso es que proponemos³³² que se le nombre como *política Anti-crimen*. Ésa política³³³ durante mucho tiempo ha sido vinculada de manera muy importante al sistema de justicia penal y se han descuidado

³³⁰“Feuerbach asume la paternidad del término ahora tan debatido de Política Criminal, incorporándolo para siempre a la enciclopedia de las Ciencias Penales..” González de la Vega, René, “Políticas públicas en materia de criminalidad. Teoría de los escenarios 2000-2030”, ed., Porrúa, México, 2001 p.189.

³³¹ La política criminal puede definirse como: “..el conjunto pragmático de medios, instrumentos, procedimientos y respuestas, que el Estado pone en juego, en un momento determinado, para prevenir y reprimir legalmente la actividad delictiva...” *Ibid.* p.187.

³³² Esta propuesta tienen su origen en las ideas que fueran discutidas en la materia de ciencia política y política criminal que curse durante el semestre 2003 -2.

³³³“a) A la Política criminal, como parte de la Política general (social) del Estado, se la entiende como la política que el Estado adopta en materia criminal; y tiene como función primordial la lucha contra el delito, para lograr la vida ordenada en comunidad, la que realiza previniéndolo y/o reprimiéndolo. Para ello, por tanto, diseña y utiliza medidas de prevención (general y especial) y/o de represión, las que pueden ser de carácter “no penal” o de carácter “penal”: de ahí que, dentro de la Política criminal puede, a su vez, distinguirse lo que es propiamente la Política penal, de la cual se deriva lo que es el sistema penal “Moreno Hernández, Moisés, “op. cit.,” p.70.

otros programas, instrumentos y esfuerzos institucionales que siendo ajenos a la justicia penal pueden atacar desde otros ángulos el triste fenómeno del delito.³³⁴ A mayor abundamiento, podemos sostener que en ese mundo de políticas –denominadas públicas– que el Estado constantemente va delineando para satisfacer diferentes áreas de bienestar de la sociedad, se localizan, aquellas *de carácter social, económicas, laborales, administrativas, etc.*, que utilizadas en forma racional y atingente pueden de manera certera y eficaz atacar las causas del fenómeno delictivo.³³⁵ Con ello, queremos hacer patente, el que un Estado entre más recurrirá a estrategias ajenas al derecho penal para resolver sus problemas; piénsese: *en la generación del empleo y capacitación para los trabajadores, en la utilización de multas administrativas para problemas menos graves, en el fomento y fortalecimiento de la educación, etc.*, y deje como *ultima razón* el uso del sistema penal para resolver los problemas de mayor gravedad; sin duda alguna, es un Estado que transita hacia el modelo de *Estado Social y Democrático de Derecho*, debido a que se patentizará que da vigencia al *principio de un Derecho penal mínimo* y cuando hace uso de la alternativa penal *respeto las garantías fundamentales de sus gobernados, su actuación se fundamenta en el principio de legalidad, da vigencia al*

³³⁴Según el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas los factores que favorecen la delincuencia son: • La pobreza, el desempleo, el analfabetismo, la falta de alojamiento decoroso, así como un sistema de educación y capacitación inadecuados. • El Numero creciente de ciudadanos sin perspectivas de inserción social. • La disolución de los vínculos sociales y familiares agravada por una educación inadecuada de los padres. • Las difíciles condiciones en que se encuentran las personas que han de emigrar a la ciudad. • La destrucción de identidades de origen, así como el racismo y la discriminación que pueden provocar desventajas en el plano social. • El deterioro del medio urbano. • Dificultad para que una persona pueda identificarse en la sociedad, familia, comunidad, lugar de trabajo o escuela, o con una cultura. • La proliferación de las actividades de delincuencia organizadas y trafico de drogas. • El fomento, en particular de los medios informativos, de ideas y actitudes que llevan a la violencia, la desigualdad o la intolerancia." Cruz Torrero, Luis Carlos, "Seguridad, Sociedad y Derechos Humanos", ed., Trillas, México 1995, p p. 39,40.

³³⁵ En este sentido se afirma: "...el delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples: es una resultante de fuerzas antisociales, y encontramos entre las más conocidas al desempleo, la falta de oportunidades, la carencia de educación, la insalubridad y promiscuidad, en una palabra, la falta de desarrollo que conduce al delito" González de la Vega René, "Políticas públicas en materia de criminalidad. Teoría de los escenarios 2000-2030" p.199.

principio de presunción de inocencia, respeta y fomenta el derecho de sus ciudadanos a una defensa adecuada, establece la pena con base en el grado de culpabilidad, garantiza la dignidad de las personas, etc, en suma, fortalece las garantías individuales de los ciudadanos frente al ejercicio de las facultades punitivas de sus órganos.

En consecuencia, podemos señalar que el problema de la política pública en contra del crimen debe considerarse con mayor profundidad que la simple relación entre el infractor del código punitivo y el sistema penal o que la relación entre sujeto activo del delito y la víctima y por supuesto, se constituye en algo más que simplemente policías y probables infractores de la ley; en realidad, queremos hacer notar que el fenómeno delictivo escapa a lo que tradicionalmente se ha identificado “..Sólo con las conductas que lesionan los bienes jurídicos más evidentes –vida, patrimonio, libertad sexual, etcétera-.”³³⁶ porque su existencia responde a otros factores –*desempleo, pobreza, analfabetismo, etc.*- que inciden en su origen, mantenimiento y su agravamiento y a pesar de la existencia de esa diversidad de agentes, es posible, percibir una íntima relación con la adopción, instrumentación e implementación de otras políticas públicas³³⁷ que el Estado este llevando a cabo. En síntesis, la política pública de lucha contra la criminalidad, es algo más que la política penal y el sistema penal y no debe dejarse de explicar que, si bien, ésta, debe ser entendida como el conjunto de estrategias, programas y esfuerzos que realiza el Estado para combatir la criminalidad,

³³⁶ Parte de la nota número 1 que a pie de pagina, se puede ver en García Juárez, Aída Leticia; Kala, Julio Cesar, “*Procuración de Justicia en el Sistema Nacional de Seguridad Pública*”, Inter. Criminis No 3, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1999, p p. 89,90.

³³⁷ Cuando hacemos alusión a “*otras políticas públicas,*” lo que en realidad pretendemos establecer es que la política criminal (anti-crimen), siendo el conjunto de acciones, instrumentos, programas, leyes, etc que utiliza el Estado en su lucha contra el fenómeno criminal, no se encuentra separada o aislada de las demás políticas públicas que el Estado implementa para atacar fenómenos que pudieran incidir en la aparición del delito; así, debe preocuparse por implementar una política social que procure abatir las causas de la pobreza extrema; una política económica que mantenga estructuras que satisfagan las necesidades básicas y suficientes de subsistencia de la población; debe procurar mantener un equilibrio sano en su finanzas públicas; Fomentar y mantener programas de acceso educativo para toda la población, etc.

también debemos revelar que las actuales orientaciones teóricas discursivas pretenden evidenciar –como ya lo he expuesto– que la política criminal es algo más que el recurso del Derecho penal, es algo más, que la relación delito y pena y debe englobar todos aquellos esfuerzos ajenos al ámbito penal que tiende a atacar los factores desencadenantes de la criminalidad.

4.- La incertidumbre del pensamiento problemático³³⁸

Sí consideramos que el objeto de la teoría de la imputación objetiva es:

“la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda afirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico.”³³⁹

No es dable dejar de considerar su orientación casuística,³⁴⁰ que funda la idea de que:

“El pensamiento sistemático debe ser sustituido..por un pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica”³⁴¹

³³⁸ En éste “..se parte del estudio del problema y, en base a su análisis, se elabora una teoría capaz de dar solución al mismo..La teoría de la imputación objetiva es un claro exponente de esta nueva forma de proceder: la preeminencia del problema frente al sistema y , por otro lado, de la preocupación por la política criminal” Martínez Escamilla, Margarita, “*op. cit.*,” p.174.

³³⁹ Esta idea, se puede consultar en la Introducción de la obra de Martínez Escamilla, Margarita, “*op. cit.*,” p. XXIII.

³⁴⁰ “Basta una primera lectura del reciente y copiosísimo material bibliográfico =no gratuitamente se ha calificado la teoría de la imputación objetiva como «tema de moda»- para darse cuenta de que, en términos generales, y salvo valiosísimas y escasas aportaciones, la teoría de la imputación objetiva, en su actual grado de desarrollo, no va mucho más allá de un conglomerado inconexo de principios y criterios que se contradicen entre sí, careciendo de un hilo conductor que les dote de una lógica interna, y cuyo contenido es, en la mayoría de los casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas.” Esta idea, se puede consultar, en la parte de la Introducción de la obra de Martínez Escamilla, Margarita “*op. cit.*,” p. XXIV.

³⁴¹ Muñoz Conde, Francisco, al comentar la parte introductoria de la obra de Roxin, Claús, “*Política Criminal y Sistema del derecho penal*”, Editorial Hammurabi, 1ª Reimpresión, Colección de Claves de derecho penal, Volumen 2, Buenos Aires, 2002, p.18.

Esa directriz, exhibe los peligros que un pensamiento problemático representa para el gobernado;³⁴² al que enfrenta a una situación de inseguridad jurídica originada por el hecho de que pierden importancia los presupuestos teóricos y jurídico-penales que fundamentan la reacción punitiva del Estado. Así, lo enuncia Martínez Escamilla:

“un pensamiento problemático, que elabore sus soluciones prescindiendo de una fundamentación dogmática coherente, nos está condenando al casuismo, a la inseguridad y a la irracionalidad”³⁴³

Por ende, si bien, deben reconocerse los beneficios de la existencia de un pensamiento problemático, también, debe aceptarse *=como valioso=* el pensamiento sistémico, puesto que: “Una dogmática sin referencia a la realidad, sin la finalidad de obtener la solución justa, es ya por sí misma un fósil carente de utilidad.”³⁴⁴ Igualmente, debe mencionarse que se deja de lado el razonamiento deductivo y en su lugar se adopta uno inductivo, en éste, lo importante es el caso concreto y la solución deberá amoldarse a él, con ello, se introduce un elemento de inseguridad jurídica para el gobernado, puesto que no se puede conocer con precisión el supuesto que fundamenta la consecuencia jurídica que prevé la ley.

5.-La improcedencia del calificativo “Teoría”

Sí consideramos que el término teoría ha sido conceptualizado como un “...conjunto de razonamientos ideados para explicar provisionalmente unos determinados fenómenos...”³⁴⁵ y si pensamos que: “Con ayuda de esta teoría se

³⁴² “Con la mera orientación político-criminal nos encontramos ante un sistema tan indefinido, poroso y abierto que es bastante dudoso incluso que se merezca el calificativo de sistema. Cabe plantearse así mismo si la inspiración político-criminal no conlleva el peligro de difuminar ciertas garantías generales que siempre han acompañado a la teoría jurídica del delito: la taxatividad y la exigencia de una determinación de los tipos de la parte especial lo más estricta posible.” Feijóo Sánchez, Bernardo, *“op. cit.”*, p p. 87, 88.

³⁴³ Martínez Escamilla, Margarita, *“op.cit.”*, p.174.

³⁴⁴ *Id.* ,

³⁴⁵ Diccionario Enciclopédico Grijalbo, Tomo V, Ediciones Grijalbo, Barcelona España, 1986, p. 1795.

pretenden resolver muchos supuestos que desde antiguo presentan dificultades para su tratamiento jurídico-penal³⁴⁶ es fácil, advertir como:

“..ha ido construyéndose, prácticamente por sedimentación, capa por capa,...Esto es así hasta tal punto que los principales déficits..no están en las soluciones prácticas que bajo tal rotulo se ofrecen, sino en la indefinición sistemática de la construcción dogmática (que tarde o temprano acaba repercutiendo en la seguridad de la solución de casos, como es sabido”³⁴⁷

Lo que nos llevaría a la indagación de la solución para cada caso, a la implantación del pensamiento problemático con los riesgos que ello conlleva y a la pérdida de importancia del análisis de los presupuestos jurídico-penales que fundamentan la reacción punitiva del estado (el sistema). En consecuencia, debe negársele el carácter de ser una teoría porque:

“..no es propiamente tal, en el sentido que configure un cuerpo armónico de proposiciones homogéneas, sino que más bien, es el nombre con el que se aglutinan diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible.”³⁴⁸

6.- La improcedencia del basamento “Objetivo”

La imputación objetiva busca establecer a partir de lo que sucede en el mundo fáctico un nexo objetivo con la conducta del activo y cargarlo en su cuenta como su obra. A partir de ahí, se funda el “grito de guerra” “regresemos al tipo objetivo.”³⁴⁹ Así, debemos interrogarnos -desde el punto de vista de esta nueva corriente de explicación del tipo objetivo- ¿Qué es lo que debemos entender como “lo objetivo”?; a ese cuestionamiento se pretende responder sosteniendo que la norma “..es una norma objetiva, que

³⁴⁶ Cancio Meliá, Manuel, “Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva” p 17.

³⁴⁷ *Ibid.* p.15.

³⁴⁸ Sancinetti, Marcelo, Citado por Medina Peñalosa, Sergio Javier: “La imputación jurídico penal” p.124.

³⁴⁹ Struensee, Eberhard, “op. cit.,” p.303.

no depende de la voluntad del autor.”³⁵⁰ Y es cierto, las normas penales no pueden estar basadas en lo que “...a mí me parezca prohibido está prohibido, lo que yo considere permitido, está permitido.”³⁵¹ Pese a ello, una cosa es la intrascendencia de lo que el sujeto considere que puede determinar como prohibido o permitido y otra muy diferente es el contenido de la norma penal –*originada a través del proceso legislativo*- y su obligatoriedad para el gobernado; por ende, la persona –*individualmente considerada*- no puede dar vigencia al Derecho, pero, sí, el órgano del Estado encargado de esa función –*el Congreso de la Unión*- quien precisa aquellas conductas que por considerarse dañinas para la sociedad son dotadas con una pena. Esa creación legislativa da origen a la ley penal donde se precisan los tipos penales que son conductas abstractamente descritas y que adquieren plena relevancia en el mundo fáctico en el momento en que el actuar externo del activo se adecua a la descripción hecha por el legislador. Luego, “lo objetivo” no puede encontrarse en la norma penal –*en el mundo del deber ser*- así que, una cosa, es que el ciudadano no pueda generar en su libre albedrío lo que es la norma y que el Estado en uso de su *imperium* puede dotar con una pena la conducta dañina y otra –*muy diferente*- es, que ésta, se objetivizará en el momento en que se establezca el *juicio de tipicidad*; igualmente, lo objetivo de la norma penal no debe sustentarse en que no depende de la voluntad del ciudadano sino en la descripción abstracta, general e impersonal que adquiere plena materialidad cuando la conducta es exteriorizada y se amolda de manera perfecta con la descrita en el tipo. En la búsqueda de lo objetivo –*Jakobs*- advierte:

“..sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que debe cumplir, podrá sostenerse que éste es destinatario de expectativas

³⁵⁰ Sancinetti, Marcelo A, “Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados”, Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de Conferencias y Artículos No 9, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1ª reimpresión, Colombia, 1998, p. 20.

³⁵¹ *Ibíd.* p. 21.

generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo=general.”³⁵²

Por tanto, al “rol”, se le concibe como “...un sistema de posiciones definidas de modo normativo.”³⁵³ Descubriéndose que se pretende introducir en el Derecho penal un modelo de comportamiento que permita establecer objetivamente la conducta que se espera de las personas que viven en la sociedad, sin atender, al hecho de que el hombre actúa con *libre albedrío*³⁵⁴ y que es muy difícil establecer modelos de comportamiento determinables o esperados, mas aún, se deja de reflexionar en que todos los días los hombres desempeñamos diferentes “roles” sociales dependiendo del status que desempeñemos en la sociedad; es decir, una misma persona puede ser padre de familia, abogado, profesor universitario, conferencista, investigador, etc, y por ende, sus roles sociales se diversifican de manera compleja y precisamente por eso, es que no puede considerarse que de acuerdo al “rol” se encuadrará la conducta que en el mundo fáctico se presenta y debido a que el concepto “rol” es una ficción -lo mismo que el recurrir al modelo del “hombre prudente”- en realidad, será el juez, quien de acuerdo a su libre arbitrio determinará esas expectativas normativas al analizar la conducta exteriorizada por el activo del ilícito; luego, se introduce un principio de arbitrio -de arbitrariedad- en manos del órgano del estado que impone las sanciones contempladas en la ley penal y se diluye -de ésta forma- el carácter objetivo con el que se pretendió calificar al suceso.

³⁵² Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos; Cancio Melía, Manuel, “Un nuevo sistema del Derecho penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1999, p.104.

³⁵³ Jakobs, citado por Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Siohar, “Derecho penal. parte general,” p. 446

³⁵⁴ “El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. No es -como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar de otra manera (luego, también mal o de modo contrario al sentido), sino la libertad para actuar conforme a sentido..” Welzel, Hans, “op. cit.,” p.176.

7.- Crítica al criterio del riesgo como fundamento de imputación

La teoría de la imputación objetiva parte de considerar el término riesgo³⁵⁵ como pilar fundamental sobre el que asienta todo su andamiaje para lograr la imputación de la conducta y adquiere especial relevancia para la imputación del resultado en la parte objetiva del tipo penal. Sin embargo, ha dejado de considerar que:

“..el riesgo..no siempre es considerado sinónimo de peligro. En sociología se ha distinguido entre riesgo como peligro que se calcula para disminuirlo y peligro, que puede ser o no ser calculable. Desde esta perspectiva sería una contradicción afirmar que hay aumentos del riesgo. Solo habría aumentos de peligro. Por otra parte, tampoco sería posible afirmar que en el homicidio doloso aumenta el riesgo de muerte, cuando en realidad se materializa un resultado de muerte”³⁵⁶

Siendo así, pues, cuando se procura imputar un resultado penalmente relevante al activo utilizando criterios como el riesgo³⁵⁷ nos enfrentamos a un terreno inseguro y pantanoso, puesto ¿qué es lo riesgoso?,³⁵⁸ ¿Cuándo

³⁵⁵ “RIESGO posibilidad o proximidad de un peligro..” Diccionario Enciclopédico Grijalbo, Tomo V, Ediciones Grijalbo, Barcelona España, 1986, p.1602.

³⁵⁶ Zaffaroni Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, “Derecho penal. parte general” p. 450.

³⁵⁷ “Imputar un resultado conforme a la creación de un riesgo es retomar el modelo *ex ante* de la tentativa, en ignorancia de que no hay tentativa en el vacío (para la nada), porque los cursos de acción sólo cobran sentido cuando son frustrados, abandonados o dialécticamente negados por la consumación del proyecto final. Extirpar un riñón, concretar una venta inmobiliaria o desviar fondos públicos son acciones *ex ante* riesgosas, para el médico y el paciente, para el vendedor y el comprador, tanto como para el imputado y el patrimonio público, pero la salud de paciente, la ganancia del vendedor o el vaciamiento de una cuenta fiscal no pueden sino imputarse según la correspondencia entre la acción final y el resultado obtenido, independientemente de cualquier riesgo creado. El riesgo y el peligro son datos demasiados ubicuos en las acciones como para servir de base a la imputación de un resultado. Igualmente forzado resulta que en la tipicidad activa de homicidio se diga que el que dispara contra otro a un metro de distancia y lo mata, le es imputado el resultado porque defrauda un rol del que se deriva una suerte de posición de garante. El rol sería el de *buen ciudadano*, pero del rol de buen ciudadano no se deriva ninguna posición de garante, sino justamente el deber de solidaridad que se incumple con la omisión de auxilio, es decir, con la omisión simple. No solo es absurdo imputar un homicidio intencional porque el autor no evitó un resultado diferente, sino que resulta peligroso erigir como modelo de imputación de resultados el que surge de una norma imperativa de determinación (disvalor de acción, tentativa), donde el deber está circunscripto a la evitación de una defraudación simbólica de la vigencia de esa misma norma” *Ibid.* p p. 446,447.

³⁵⁸ “Nos parece que la idea que dimana del concepto riesgo es la de una contingencia adversa a la que se está dispuesto a afrontar, mientras que la de peligro es una posibilidad perjudicial causalmente probable que es inherente a una determinada situación pero que el sujeto puede ignorar..” Julio Fierro, Guillermo, “*op. cit.*,” p. 397.

se actúa riesgosamente? o ¿cómo poder determinar que una actuación humana no es riesgosa para excluirla del tipo penal?, Eso, nos lleva a considerar que con ese criterio se introduce un principio que más que proveer seguridad jurídica para el debido ejercicio del encuadramiento de conductas prohibidas por el Estado, en realidad, deja en unos cuantos la decisión de establecer cuándo se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado³⁵⁹ y cuando ese riesgo se ha materializado en el resultado,³⁶⁰ por tanto, no es igual el determinar en los tipos penales verbos rectores (matar, lesionar, etc.,) que nos precisan con claridad la conducta prohibida, que apelar a criterios que pueden dar pauta a un amplio margen de interpretación,³⁶¹ como lo es, el del *riesgo*, debido a que, éste, implica la posibilidad o proximidad de un peligro, con lo cual, la interpretación de la conducta humana puede originar el que se presente la ampliación de la aplicación del derecho penal que es lo que originalmente se pretendió atacar.

8.- El inadvertido aspecto de la causalidad en la teoría de la imputación objetiva

La imputación objetiva buscando establecer criterios normativos para determinar cuándo un resultado le es imputable al activo como obra suya, pasa por alto el considerar que esa consecuencia *—el resultado—* no se ha

³⁵⁹..el incremento de este tipo de normas que castiguen para evitar futuros peligros constituye una realidad incompatible con una concepción del derecho penal orientada a la protección del bien jurídico y se aproxima peligrosamente (valga la redundancia) a un derecho penal de actitud interna" *Ibíd.* p p. 437,438.

³⁶⁰ "Tal procedimiento encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*. Pues si estos deberes sociales, que sirven de base a este tipo de delitos, no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez o el interprete a su libre arbitrio por medio de la investigación libre del derecho" Muñoz Conde, Francisco, al comentar la crítica que se ha enderezado en contra de la postura de Roxin respecto a los *"delitos consistentes en la infracción de un deber"* que se puede consultar en la introducción de la obra de Roxin, Claús, *"Política Criminal y Sistema del derecho penal"* p p. 24, 25.

³⁶¹..si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el no mataras con el que surgiría del respetaras el rol de buen ciudadano o no aumentarás el riesgo de muerte, parece al menos extraño que pretenda delimitarse una formulación legal mediante conceptos que tienen una significado semántico prohibitivo a todas luces mucho más amplio" Zaffaroní Eugenio, Raúl; Alejandro, Alagia; Alejandro, Slokar, *"Derecho penal. parte general"* p. 446.

generado de forma espontánea, sino que, tiene un antecedente inmediato y directo en la actuación humana; es decir, cuando se presenta en el mundo del derecho un peligro o lesión de bienes jurídicos, esa circunstancia obedece a un acto del hombre, por tanto, solamente la acción voluntaria es el fundamento del derecho penal. De ahí que, al partir del resultado se pretenda ignorar *—o por lo menos restarle importancia—* al principio de causalidad,³⁶² que si bien, con fallas y defectos ha fundamentado la posibilidad de determinar el momento en que un resultado puede reprochársele a la actuación humana como su obra o en su caso, ha permitido sustentar la defensa del gobernado en el sentido de que su actuación no es relevante en el mundo del derecho penal debido a que el nexo causal no se ha perfeccionado en el caso concreto, así, se evidencia, en aquellos supuestos en que la víctima muere de un infarto y no por el disparo del arma de fuego que fue accionada por el activo. En efecto, podemos establecer que partir del resultado para enjuiciar si ese cambio es obra del activo y resulta penalmente relevante, es invertir, el análisis, es considerar una transformación formal o material y a partir de ahí, recorrer el camino que nos conduzca al sujeto que actuó fuera de la norma, atendiendo a una serie de criterios que no pretenden ser causales sino normativos.

Resumiendo, el principio de causalidad *—desde nuestro particular punto de vista—* no puede ser ignorado porque los cambios en la realidad no se generan de la nada, sino que siempre existe un precedente que necesariamente da origen a su consecuente, pero, en el caso del derecho penal, además, se encuentran vinculados o dirigidos por la voluntad del hombre y mas específicamente por el contenido de su voluntad, por tanto,

^{362a}...corresponde a la imputación objetiva dilucidar el significado jurídico de una relación de causalidad ya dada, que adquiere relevancia para el Derecho Penal en la medida en que es dirigida por la voluntad humana que puede prever y dirigir su curso riesgoso, sea alcanzándolo o evitándolo." Medina Peñalosa, Sergio Javier, "La imputación jurídico penal" p.126.

no debe dejarse de lado el principio de la causalidad como primer escalón de imputación en el ámbito objetivo del tipo; pues, si se pretendiera:

"...sustituir la relación de causalidad, por el requisito del incremento del riesgo,..tendríamos que castigar al sujeto que dolosa o imprudentemente suministra a un enfermo del corazón un medicamento peligroso por el riesgo de infarto que conlleva, a pesar de que no pudiera constatarse si el infarto del que murió la víctima fue debido a la ingestión del fármaco o a la enfermedad padecida. Con ello el principio del incremento del riesgo conllevaría un efecto contrario a aquél para cuya consecución se delineó; en vez de limitar la responsabilidad, la ampliaría."³⁶³

Lo anterior, pone en evidencia la posible ampliación de la responsabilidad penal que se generaría con esta nueva postura explicativa de la parte objetiva del tipo.

2.5.9.- El ignorado aspecto de lo subjetivo en que incurre la teoría de la imputación objetiva

Para resolver este punto acudiremos a los casos más característicos de la teoría de la imputación objetiva, buscando demostrar, que en todos ellos se ignoran los fundamentos subjetivos que darían solución a la problemática planteada; partiendo de considerar que el tipo debe ser considerado de manera conglobante tanto en su aspecto objetivo y subjetivo; solamente así, se puede entender la actuación del hombre, sin dejar de reconocer que para la integración del injusto penal no basta únicamente la integración o adecuación de la actuación humana a la descripción típica porque se requieren de otros elementos que dan base a la reacción punitiva del Estado.

En la imputación objetiva se ignora el contenido de la voluntad y se desatiende la acción humana debido a que lo que en realidad le interesa es el resultado y a partir de éste, puede acudirse a una serie de criterios

³⁶³ Martínez Escamilla, Margarita "op cit.," p. 167

normativos que permiten atribuir ese resultado a una conducta humana; es decir, para poder imputar un resultado a alguien como obra suya. Ese basamento puede desencadenar un problema, pues:

“Se parte simplemente del resultado causado, con lo cuál no habría obstáculo para encontrar cualquier criterio de imputación “normativa” de ese resultado causado. Es decir, en el futuro no sería extraño que la imputación objetiva pudiera servir,..como la forma más amplia imaginada (mucho más que la criticada causalidad) de ampliación de la punibilidad..”³⁶⁴

Debido a que se deja de lado el reconocer que existe la acción humana con su contenido de voluntad y se opta por el resultado como lo que en realidad interesa; apreciándose –*además*– que la tan recurrida cuestión valorativa –*criterios normativos*– sólo se pueden establecer si existe un resultado y es a partir de éste, que se procura establecer la conducta penalmente relevante; así, el resultado incluye la conducta –*sin contenido de la voluntad*– y la conducta al resultado. Veamos los casos más representativos a los que acude la teoría de la imputación objetiva para fundar su discurso:

“..el caso de al tormenta =que evidentemente figura sólo como ejemplo para una problemática general- no precisa de una nueva construcción dogmática para su solución adecuada. Roxin mismo lo ha demostrado en una ponencia a través de una variación del caso de la tormenta:“en la mediada en que, por el contrario, reformemos el caso, de modo tal que el rayo caiga frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de esos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso, para matarla de este modo. Si el resultado se realiza, se ha dado un homicidio consumado. Puesto que aquí el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también se ha realizado en el resultado..”³⁶⁵

Deduciéndose –*que para el fundador del teleologismo racional-final*– el tipo se encuentra completo. Sin embargo, debe hacerse notar, que esa

³⁶⁴ Bustos Ramírez, Juan; Laurari, Elena, “*op. cit.*,” p.13.

³⁶⁵ Struensee, Eberhard, “*op. cit.*,” p. 313.

afirmación se fractura, si se atiende al aspecto subjetivo del tipo, pues, es cierto que el autor ha mandado a su víctima al lugar donde estadísticamente es más frecuente que caiga el rayo y tiene la esperanza – fundada en ese conocimiento– de que el rayo la mate, pese a ello, debe negarse que se presente un homicidio consumado, aunque, se haya creado un riesgo estadísticamente relevante y que éste se ha realizado en el resultado debido a que el activo no tiene el dominio del curso causal hacia su objetivo o meta previamente seleccionada, no tiene el poder de controlar y dirigir el rayo hacia el logro de su finalidad –*matar a su víctima*– y por eso, la solución tradicional del finalismo de negar el dolo se hace presente al evidenciarse que no se atiende al contenido de la voluntad – aspecto subjetivo– del tipo. En similares términos –*respecto de ese caso*– se dice:” De allí se debe extraer la exigencia de que el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente substanciado –por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de causalidad;...”³⁶⁶

En la hipótesis de las desviaciones causales también el dolo es determinante para una solución adecuada. Por ejemplo, en el caso de que el pasivo haya sido lesionado requiriendo hospitalización y durante su estancia muere a consecuencia de una infección; aquí, el problema es que el pasivo muere debido a la infección que contrajo en el hospital y no como resultado de la lesión inferida por el activo y por eso, la muerte del pasivo no se le puede imputar debido a que el evento infección no pudo ser conocido y querido por el infractor del código punitivo. Como se aprecia, nuevamente acudimos al dolo para resolver el supuesto planteado y se hace todavía, más evidente, si variamos un poco el supuesto y consideramos que el activo del ilícito sabe que en el hospital al que se le trasladará al pasivo existen las condiciones necesarias para que contraiga una infección mortal y lo lesiona con la intención de que cuando este en

³⁶⁶ *Ibid.* p. 314.

recuperación la contraiga. Con eso, el juicio cambia y el activo será responsable de homicidio por que sabe y conoce de la existencia de las condiciones que desencadenan la infección y lesiona al pasivo con la finalidad de que sea trasladado a ese hospital para su atención médica. Nuevamente, el dolo resuelve el problema de manera satisfactoria. Siguiendo con nuestro estudio, podemos mencionar otro supuesto –caso de la disminución del riesgo– que se evidencia en el hecho de que un:

“..sujeto que empuja a otro para que un objeto no le caiga en la cabeza y lo mate y solo dé en otra parte del cuerpo menos vulnerable. Con razón se dice que en este caso el resultado no es imputable.”³⁶⁷

Sin embargo, *–como lo declara Bustos Ramírez–* esa aseveración es cuestionable, si se atiende a la intención con la que el activo despliega su acción, puesto que, no es lo mismo, empujar a alguien para que no sufra ningún daño o soporte un daño menor que para *–calculando la trayectoria del proyectil–* sufra un daño aunque sea menor al que originalmente pudo presentarse en las condiciones en las que se dio el evento; esto es, si el activo se ha percatado que el proyectil no le impactará en parte alguna de su cuerpo al pasivo y decide empujarlo para que el daño corporal se presente, entonces la conducta así desplegada *–con pleno contenido de la voluntad–* adquiere relevancia penal, “..luego la imputación en este caso, ..esconde un planteamiento subjetivo previo.”³⁶⁸

En el terreno de la auto-puesta en peligro, Struensee, se ha encargado de evidenciar el aspecto subjetivo al que deberá de acudir para fundamentar la solución al supuesto de si se le puede exigir responsabilidad a quién posibilita a otro el inyectarse una mezcla de heroína previamente preparada por él y que más tarde le provoca la muerte, dado que, en esos casos, se había impuesto el criterio de la

³⁶⁷ Bustos Ramírez, Juan; Lurrarí, Elena, “op cit.,” p. 18.

³⁶⁸ *Ibid.* p p. 18,19.

imposición de la pena que corresponde al homicidio culposo; al variar su postura -la Corte Suprema Alemana- argumento:

"quien únicamente ocasiona, posibilita o favorece el acto de la deseada y efectuada autopuesta en peligro por propia responsabilidad (dolosa o imprudente), participa en un acontecimiento que –en la medida en que se trata de la punibilidad por homicidio o lesiones corporales- no es típico, ni, por eso mismo, un suceso punible"³⁶⁹

Con base en esa resolución, se afirma, que se reconoce como criterio de impunidad a "*la consciente auto-puesta en peligro*". Sin embargo, ese alegato, lo que en realidad fundamenta es que se:

"..hace depender, en verdad, a la consecuencia jurídica de que ningún "suceso punible" estaría presente de un desconocimiento relativo del actuante..la realización del tipo objetivo depende, con ello, no de ulteriores elementos objetivos, sino de circunstancias psíquicas del autor..³⁷⁰

Esa aseveración, es correcta, puesto que si variamos un poco el ejemplo y decimos que al activo tiene el conocimiento de que el pasivo debido a su condición muy personal con toda seguridad va a inyectarse y puede prever el resultado fatal, entonces, el juicio cambia radicalmente.

10.- El insatisfactorio recuento de los postulados de la teoría de la imputación objetiva

Para el tratamiento de este apartado resulta básico presentar con precisión el lugar que ocupa dentro de la teoría del tipo la llamada teoría de la imputación objetiva, para ese efecto, es forzoso, establecer un punto comparativo entre los postulados finalistas y la postura de Roxin y Jakobs; principiemos diciendo que la causalidad desde que se aceptó como un elemento indispensable para integrar la parte objetiva del tipo –entre

³⁶⁹ Struensee, Eberhard, "op cit.," p. 316.

³⁷⁰ *id.*

otros;³⁷¹ acción u omisión, resultado y nexos causal- presentó una conformación determinada que durante muchos años se admitió y se busco perfeccionar sin abandonarla; esencialmente, se aceptaba, debido a que la acción humana se explico a partir de una relación de causa-efecto y esa misma estructura se afilió al finalismo; al anotarse, que la acción final instauró que el hombre es el único ser racional que se establece metas y propósitos y conforme a ellos selecciona los medios y desencadena el curso causal hacia esa meta previamente seleccionada, además, la teoría de la acción final siguió manteniendo el fundamento de causa-efecto en su estructura final y presentó un tipo penal complejo con una parte objetiva y una subjetiva, en la que se incluyó definitivamente al dolo, pese a ese logro, en la actualidad, se invierte el análisis, se pretende partir del resultado y con base en criterios normativos se determine si una relación de causalidad es relevante para el Derecho penal; de esa manera, se aprécia una incoherencia, ¿cómo se puede tener un resultado? si previamente no se reconoce que existe un ser humano auto-determinable y libre que realiza la conducta que provoca el resultado, es decir, de no reconocer que los eventos así acontecen tendríamos que aceptar que se tiene un resultado que esta ahí, sin más y que ahora, habrá que ver a quien le corresponde *-como su obra-* con base en criterios normativos. Esa explicación, interpretada de esa manera, es difícil de aceptar; pese a ello, pasemos a analizar sus postulados para dejar en claro que ese arrancar de un resultado no es tan cierto como se afirma.

No hay duda, el planteamiento de la llamada teoría de la imputación objetiva es interesante, pero, padece de fallos, que hacen que su viabilidad sea dudosa si se considera el contexto actual del Estado Social y

³⁷¹ Recuérdese que el *tipo complejo* -de corte finalista-, no solo se integra por elementos objetivos: el sujeto activo, el pasivo, la acción u omisión, el resultado y el nexos causal, las circunstancias de tiempo, lugar, modo, objeto material, atenuantes y agravantes, etc, sino, también, por elementos normativos, subjetivos distintos del dolo y la culpa y el dolo y la culpa.

Democrático de Derecho que busca establecer aquellas condiciones que hacen que el ejercicio del *ius puniendi* sea garante de los derechos fundamentales de los gobernados. En ese contexto, es difícil aceptar que se abandonará el fundamento de la descripción típica, *el verbo rector* (matar, lesionar, engañar) y en su lugar, se adoptará *la creación de un riesgo* jurídicamente relevante y su realización en el ámbito de la norma penal, debido a que, mientras en el verbo rector del tipo se cuenta con una base que garantiza con certeza cual es la conducta prohibida o mandada con la que el Estado pretende salvaguardar los bienes jurídicos más valiosos en el contexto social; con la implantación de la creación del riesgo entraríamos a un terreno poco seguro y se nos llevaría a la peligrosidad del actuar humano y éste, no sabrá con precisión como proceder o dejar de conducirse para no generar ese riesgo, es más, no puede calificar su actuación y será el órgano del estado competente —*el juez*— quien deberá establecer las circunstancias según las cuales un hombre ha creado un peligro para la afectación de bienes jurídicos y para la sociedad. En la búsqueda de esos criterios se ha acudido al *modelo del hombre diligente*, del *buen padre de familia*, en general al criterio del “rol”, del cual se ha dicho que como son expectativas normativas que todos conocen y por tanto todos pueden saber que esperar de los demás y como ellos mismos deben comportarse —*no debes dañar pero también los otros tienen el deber de no dañarte*— sería muy fácil establecer el momento en que se ha generado el riesgo penalmente relevante. En realidad, creemos —*que con ese planteamiento*— regresaríamos a aquellos tiempos *ya superados* en que al gobernado se le sancionaba por ser quien es y no por lo que realizaba —*por el acto*—. Pero ¿cómo puede ser eso? Si la teoría de la imputación objetiva parte precisamente del suceso objetivo; de lo acontecido en la realidad, fuera de la psiquis del sujeto activo. La respuesta es que esa teoría pretende partir del resultado y a partir de ahí determinar si ese evento fáctico se le puede imputar al activo como obra suya y con base en

criterios normativos resolver un caso real, objetivo, ello encierra, ya de por sí, una contradicción, puesto que, si se busca ser objetivo en el análisis del suceso o evento acontecido, ¿como es que recurre a criterios normativos para explicar ese suceso objetivo?, Eso es incongruente. Además, si consideramos los criterios normativos que se sustentan –en Roxin, *disminución del riesgo y riesgo permitido, autonomía de la víctima, pertenencia del resultado al ámbito de responsabilidad de un tercero; en Jakobs, riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso-* tendríamos que concluir que en éstos, no se trata de indagar un resultado, se trata de precisar si una persona ha realizado una conducta típica; en caso inverso, lo que se establecen son criterios de exclusión de un actuar típico.

En definitiva, en Roxin, el único criterio en que se parte de la ejecución de un resultado es la *realización del plan*,³⁷² que busca dar respuesta a aquellos casos denominados *dolosos*; mientras que en Jakobs, este punto *-del resultado-* no ha sido bien desarrollado.

³⁷² „la “realización del plan” constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente en la intención (o propósito) y en el dolo directo (de segundo grado), pero puede además servir como directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente. Si p. ej. Alguien atropella a otro intencionalmente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además aun tercero, entonces ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en su caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable. Por el contrario, cuando alguien sigue fumando en la cama pese a las advertencias de su novia y provoca así un incendio, solo es culpable de un incendio por imprudencia (consciente) y no de un incendio doloso; porque, aun cuando el sujeto ha hecho caso omiso de las advertencias bienintencionadas, no puede interpretarse el resultado como realización de un plan de incendio.”
Roxin, Claús, “Derecho penal. parte general” p p. 416, 417.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO ¿HACIA UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA PENAL FEDERAL?

"..seguiremos trabajando en hacer un *Derecho Penal* mejor, mientras no tengamos algo mejor que el *Derecho Penal*"

Sergio Javier Medina Peñalosa

I.- La causalidad en la doctrina penal mexicana

En éste capítulo intentaremos estudiar en el contexto de la doctrina penal mexicana el problema de la causalidad,³⁷³ buscando en todo momento patentizar las deficiencias en que se incurre comúnmente en su tratamiento doctrinal a partir de una base de causa-efecto³⁷⁴ y procuraremos demostrar su importancia como fundamento de atribución³⁷⁵ del resultado formal o material³⁷⁶ al activo como obra suya.

³⁷³ "El problema de la causalidad en el derecho penal tiene su origen en la misma razón que dio lugar a la concepción del delito como acción, en sentido objetivo naturalista, es la consecuencia de usar las categorías mecanicistas de las ciencias naturales, al ámbito de la relación social y concretamente del derecho. Cuando a principios del siglo XX se cuestiona el dogma de la causalidad, en el ámbito de las ciencias naturales, sobre todo en la mecánica cuántica que hizo modificar la afirmación de que toda causa sigue un efecto, para traducir dicho enunciado a uno nuevo en el sentido de que todo efecto es producido por una causa, y en la medida en que las leyes mismas de la mecánica cuántica son base fundamental de todo el conocimiento científico, generó un fuerte cuestionamiento que tendría que traducir sus consecuencias al campo jurídico penal que se tradujo en un cambio en el interés preexistente por la causalidad, a un nuevo interés por el concepto de la "función", ámbitos, éstos, que se desarrollaron a su vez en la línea del funcionalismo a partir de Dilthey y Durkheim." Malo Camacho, Gustavo, "*Derecho penal Mexicano*", 3ª Edición, ed., Porrúa, México, 2000, p p. 262, 263.

³⁷⁴ "Entre la acción y el resultado debe haber una relación de causa efecto; y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediatamente, o sea por elementos penalmente importantes *per se*, pero cuya eficacia dañosa es aprovechada.. Tanto la acción *strictu sensu* (acto) como la omisión se integran por estos tres elementos; pero en el acto la manifestación de voluntad es siempre un movimiento muscular, mientras que en la omisión es inactividad; el resultado es en el acto cambio sensible a los sentidos y en la omisión puede serlo, pero también puede ser simple conservación de lo existente, y en cuanto a la relación de causalidad, que en el acto es fuerza directamente causal del resultado, en la omisión carece de esa eficacia directa por razón de la misma inactividad, pero no de indirecta." Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raul, "*Derecho penal Mexicano. parte general*", 20ª Edición, ed., Porrúa, México, 1999, p. 277.

^{375a} ..en la tipicidad, para los efectos de la misma, el problema no es la determinación de la causalidad de la acción, sino la posibilidad de atribuir el comportamiento al tipo previsto en la ley

Con esa pretensión, establezcamos algunas razones que nos permitan comprender el porqué de su actual resurgimiento teórico-discursivo; en principio, creemos prudente anotar que es desde el diseño doctrinal de la llamada teoría de la imputación objetiva -*propuesta por Roxin y Jakobs*- que se ha puesto nuevamente en la mesa de discusión el problema de la causalidad³⁷⁷ en el ámbito de la parte objetiva de la descripción típica y por eso, se hace necesario conocer la manera en que se puede imputar un resultado penalmente relevante al activo como obra suya.

En la doctrina penal mexicana -*durante mucho tiempo*- se ha percibido la influencia de la sistemática de corte casualista,³⁷⁸ esto es, se ha considerado a la acción humana con un basamento de corte naturalístico de causa-efecto -*piénsese en la concepción de la acción como un movimiento corporal voluntario que provoca un cambio en el mundo fáctico*- y no es, sino, hasta la reforma constitucional del año 1993 a diversos artículos -*entre los que se encontraban el 16 y 19*- y la procesal penal de 1994 que a la acción se le explica a partir de una concepción final del actuar del hombre, pero, *montada en la relación de causalidad*, puesto

penal. Es este el verdadero problema del derecho penal." Malo Camacho, Gustavo, "op. cit.," p. 263.

³⁷⁶ Respecto de ello, se afirma: "...no ha de darse el concepto de resultado desde un punto de vista unilateral: jurídico o material, porque los resultados pueden ser únicamente jurídicos o jurídicos materiales. Y esto sucede respectivamente, cuando el tipo describe una mera conducta: activa u omisiva, o un resultado material, o sea un hecho. De las consideraciones anteriores, concluimos que cuando el tipo describe una mera conducta, se produce con tal comportamiento una mutación jurídica, independientemente de que además se realice una mutación en el mundo exterior, ahora bien, cuando el tipo requiere un resultado material, y éste se produce, estamos frente a un resultado jurídico y material a la vez. Consiguientemente, debemos entender por resultado la mutación jurídica o mutación jurídica y material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)." Parte Petit Candaudap, Celestino, "Apuntamientos de la parte general de Derecho penal, 18ª Edición, ed., Porrúa, México, 1999, p. 261.

³⁷⁷ "La relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho," *Ibid.* p. 264.

^{378a} "...en el área causalista la acción entendida sólo en función causal, como proceso ciego mecánico. Es decir, para la existencia de la acción sólo se requiere que el hacer o el omitir encuentran su origen en la voluntad del agente, sin importar el contenido de la misma, que es materia de la culpabilidad" Parte de la nota al pie número 11, de la obra de Islas de Gonzáles Manscal, Olga "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida" Editorial Trillas, Cuarta Edición, México 1998, p.-45.

que se reconocía que el ser humano, era el único ser racional capaz de establecerse metas u objetivos y sobre la base de ellos, conducir su actividad en el mundo cotidiano; Consecuentemente, cada vez que teníamos que determinar si existía conducta humana final había que describir si el activo había seleccionado previamente la meta u objetivo hacia el cual desencadenó su actuar; si llevó a cabo la selección de los medios para el logro de ese fin y si ha aceptado las posibles consecuencias secundarias que motivaron el desencadenamiento del curso causal hacia ese objetivo o fin previamente seleccionado; valorándose *-además-* que esa actividad final se presenta en dos esferas: la primera que se desarrolla en la mente del agente y la segunda que desencadena el curso causal hacia la meta previamente seleccionada y con esa división, a la acción humana puede percibirse separada en dos esferas; una, que acontece en la esfera del pensamiento del autor y otra que transcurre en la esfera de la realidad, cimentándose así, la base de estructuración de la teoría de la acción final y pudo aseverarse que: "La finalidad es,.. "vidente" .."³⁷⁹ mientras que la causalidad es ciega.

Como ha quedado justificado en las líneas precedentes, la discusión sobre el principio de la causalidad en las sistemáticas anteriores a la teoría de la imputación objetiva, quedo reducida a la simple relación entre una causa y un efecto, unidos por un nexo de unión; a pesar de ello, trataremos de demostrar que *-en el ámbito del derecho penal mexicano-* la causalidad ha sido un elemento necesario pero no suficiente para atribuir el resultado penalmente relevante al activo; con esa idea, procuraremos exponer que el problema de la causalidad en el ámbito teórico-doctrinal de nuestro país³⁸⁰

³⁷⁹ Parte final de la nota al pie numero 11 que puede consultarse en la obra de Islas de González Mariscal, Olga "Análisis lógico de los delitos contra la vida" p. 45, 46.

³⁸⁰ "En los clásicos no encontramos referencia a ella..En realidad son los penalistas Alemanes modernos los que se han interesado en el estudio de la relación causal. a partir del último tercio del siglo pasado, correspondiendo a ellos la responsabilidad del desarrollo de una auténtica teoría sobre la causalidad" Pavón Vasconcelos, Francisco, "La causalidad en el Delito" p. 64.

=nos referimos a la llamada doctrina clásica penal mexicana= dista mucho de plantearse en términos profundos y reflexivos³⁸¹ siendo indiscutible, que para los más connotados penalistas mexicanos -de hace algunos años- el problema de imputación del resultado calificado de delictivo con fundamentos de corte normativo y a la manera de la actual teoría de la imputación objetiva, no existía; sobretodo, si tomamos en consideración que esas posturas son de reciente inclusión en el ámbito de la doctrina penal; pero, fundamentalmente se debe a que "Esta temática..no ha preocupado grandemente a la mayoría de los estudiosos del derecho punitivo"³⁸² y eso, es así, pues, el problema de la causalidad no ocupa la importancia que debiera tener en la parte general del derecho penal³⁸³ y su estudio se ha abordado específicamente en el ámbito de la teoría del tipo -en la parte objetiva- en la que se analiza el momento en que una conducta -que voluntaria y/o voluntaria y final provoca un cambio en el mundo fáctico- le es reprochable al activo por ser obra suya. Ese nexo de atribuibilidad³⁸⁴ se ha constituido en escalón necesario para dar cabal cumplimiento a la parte

³⁸¹ En opinión contraria se ha sostenido: "En cuanto a México cabe señalar entre los autores nacionales que han tratado esta cuestión a los profesores Raúl Carrancá y Trujillo, Mariano Jiménez Huerta, Celestino Porte Petit y Fernando Castellanos." Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, *"Derecho penal Mexicano. parte general"* p. 287.

³⁸² Pavón Vasconcelos, Francisco, *"La causalidad en el Delito"* p. 64.

³⁸³ Respecto de la ubicación del principio de causalidad, se ha manifestado: "Otra cuestión de indudable importancia es determinar en que parte del código penal debe reglamentarse la relación causal. Sobre este particular consideramos que su ubicación está en la parte general para que rija a todos los delitos." Porte Petit Candaudap, Celestino, *"op. cit."* p. 264.

³⁸⁴ ..en la tipicidad, el único problema jurídico que se presenta es el de la atribuibilidad del comportamiento (conducta de acción o de omisión), dentro del ámbito situacional en que se presenta, en relación con el ámbito situacional que previene el tipo penal y, en esto, la causalidad no tienen relación directa, toda vez que supone un problema ya superado y resuelto. Es decir, para que pueda platearse la tipicidad de una conducta y un resultado típicos, a fin de revisarlos a la luz del tipo descrito por la ley penal y, estar en posibilidad de determinar que se ha dado una conducta que ha causado un resultado, lo que obviamente presupone la presencia del nexo de causalidad, pero tal situación implica un contexto conceptual fáctico previo al de la tipicidad misma, ya que ésta última supone sólo el juicio de atribuibilidad al tipo. En el ámbito de lo normativo lo que se da es una relación de "conexidad", pero no de causalidad. Por esto, en el ámbito de la realidad fáctica sí es indispensable acreditar el nexo de causalidad, lo cual es precisamente el objetivo medular del proceso y de los medios de prueba dentro del mismo (es éste el contenido fundamental de la exigencia constitucional del artículo 19, cuando requiere probar la responsabilidad del autor, unido a la acreditación de los elementos del tipo); pero tal exigencia para conformar la conducta típica, en el momento del juicio de atribuibilidad que implica la tipicidad, tiene que haber quedado previamente probada para que pueda darse la conexidad prevista y exigida por la ley." Malo Camacho, Gustavo, *"op. cit."* p p. 264, 265.

objetiva de la descripción típica y para integrar el juicio de tipicidad. Ese ejercicio intelectual *-que realiza la autoridad-* partió de una fundamentación de corte naturalístico de causa-efecto y refleja la manera de concebir al delito como una alteración voluntaria del mundo real y da sustento *-por otra parte-* a la existencia de un antecedente (*conducta humana*) que de manera necesaria e indispensable origina un consecuente (*resultado*) y que se mantienen unidos de manera indisoluble por un *nexo de causalidad*; o un nexo de unión, entre ambos; lográndose *-de esa manera-* fundamentar la posibilidad de cargar al activo el resultado acaecido como su obra. A pesar de eso, no debemos perder de vista que lo que se pretende en el tipo es determinar si la conducta acaecida en el mundo material puede ser encuadrada de manera perfecta con la descrita en el mundo jurídico, es decir, si el hecho acontecido y la descripción abstracta de la norma coinciden de manera tal que puede garantizarse que la acción humana es aquella que la ley ha descrito como prohibida o mandada y en virtud de no acatar ese imperativo resulta relevante para el derecho penal. En definitiva, lo que pretendemos establecer no es la causalidad de corte naturalístico *-pues, cada vez, que hay un resultado en la realidad, es lógico pensar que una causa (posiblemente una conducta) lo ha originado-* sino que lo que se indaga es determinar si ese resultado *-sancionable en el ámbito del derecho penal-* puede ser atribuido a una conducta humana en términos del tipo penal; en esencia, nos referimos a la posibilidad del establecimiento de un juicio normativo de atribuibilidad del resultado; luego, es dable razonar que no se pretende averiguar una causalidad con base en un antecedente y un consecuente de realización necesaria que lo único que puede aportar es que el resultado tiene un origen en una causa que puede ser de naturaleza humana o no y por eso, relevante o no, para la ley penal, sino, instaurar, si ese resultado acaecido en el mundo material es relevante en el ámbito jurídico y si le es atribuible al activo como obra suya para poder encuadrar *-junto a otros elementos-* el resultado a la

descripción típica. Esa distinción *=entre causalidad y atribuibilidad-* puede ser apreciada de mejor manera en el siguiente comentario:

"..la causalidad debe ser objeto de examen previo al de la tipicidad por parte de las diversas disciplinas causal-explicativas de la criminalística, como pueden serlo la balística, la química, la física o cualesquiera otras; y, en ese sentido, su aporte es definitivo en la función jurisdiccional, pero indudablemente, su cometido en sí, no es de carácter jurídico penal, sino el resultado de otras aportaciones que precisamente por eso son denominadas como disciplinas o ciencias auxiliares de los procedimientos penales"³⁸⁵

Por eso, el juicio de atribuibilidad se convierte en un juicio normativo y no naturalístico que pretende establecer si la conducta externada es la descrita en el mundo jurídico; en definitiva, lo que queremos hacer notar es que el problema de la causalidad y su planteamiento como requisito necesario para integrar la parte objetiva del tipo penal es básico y que su análisis es primordial pero no suficiente para el ejercicio intelectual que se realiza con la finalidad de lograr la tipificación de la conducta humana. Aceptemos *-desde ahora-* esa primera base teórico-reflexiva como línea fundamental de nuestro posterior planteamiento.

II.- La causalidad en la ley

1.- Breve referencia a los antecedentes

Antes de realizar un breve recorrido histórico por la regulación del nexo de causalidad en nuestro código penal *-de competencia federal-* vale la pena indicar que ese problema encuentra un sitio de regulación específico³⁸⁶ en

³⁸⁵ *Ibid.* p. 263.

³⁸⁶ Aunque, no debe dejarse de mencionar, que se han hecho intentos serios de legislar sobre el principio de causalidad en la parte general de los Códigos Penales de diversos Estados de nuestro país, así se aprecia en el siguiente comentario: "han legislado en México sobre el nexo causal, Michoacán y Guanajuato entre otras entidades federativas. En las reformas al Código Penal de Michoacán de 1962, ...se incluyó el artículo 10 que se ocupa del nexo causal..."Artículo 10. *Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho, previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. No impedir el resultado cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, genera responsabilidad para el agente. Las concausas, sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la*

el caso del delito de homicidio³⁸⁷ y ha conservado ese lugar hasta nuestros días, aunque, debe acotarse que *—en la actualidad—* la numeración de su articulado ha cambiado. Para demostrar lo anterior simplemente habría que mencionar *—en su parte conducente—* el Código penal de 1871:

“..en sus artículos 544, 545 y 546. En el primero de dichos dispositivos estableció como criterio para la imposición de la pena “no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: I. Cuando la lesión produzca por sí sola y directamente la muerte, o que aún cuando ésta resulte de causa distinta, esa causa sea desarrollada por la lesión o efecto necesario o inmediato de ella; II. Que la muerte se verifique dentro de sesenta días contados desde el de la lesión; III Que después de hacer la autopsia del cadáver, declaren dos peritos que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en éste artículo y en los dos siguientes. El artículo 545 declaró como mortal la lesión aunque se pruebe, siempre que se comprueben las circunstancias del artículo anterior, “que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; que la lesión no habría sido mortal en otra persona; o que lo fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión”..el artículo 546 expresó: “como consecuencia de las declaraciones que preceden, no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió; cuando la muerte sea resultado de una causa que ya existía y que no sea desarrollada por la lesión, ni cuando esta se haya vuelto mortal por una causa posterior a ella, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que la asistan.”³⁸⁸

atribución del resultado al agente, salvo que excluyan la relación de causalidad, por haber sido suficientes, por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se sancionará a la acción u omisión anterior cuando constituya delito por sí misma. Las anteriores normas tendrán aplicación cuando la concausa preexistente, simultánea o posterior, consista en el hecho ilícito de otro.” Por otra parte, respecto al Código penal de Guanajuato, se dice que mantiene: “Un tratamiento más escueto..el artículo 13..expresa: “Nadie podrá ser sancionado por un delito, si el resultado del cual depende la existencia del mismo, no es consecuencia de la propia conducta. Responderá del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.” Pavón Vasconcelos Francisco, “La causalidad en el delito”, p.p.193, 194 y 197.

³⁸⁷ No obstante, es importante señalar, que en las reformas al Código Penal del Estado de Michoacán del año de 1962, en su exposición de motivos, se dijo: “..las aludidas reformas comienzan por expresar que la Comisión de Estudios Legislativos del Estado decidió, por su utilidad, dar tratamiento legal a la causalidad, ya no exclusivamente en relación al homicidio, sino en la parte general del Código, “redactando una formula que, si bien inspirada en el Código Penal Italiano, ha sido redactada con claridad tal, que permita, aún a los no técnicos en la materia, encontrar la adecuada solución a los problemas que pudieran surgir, respecto a la atribución del resultado del autor, desde un punto de vista exclusivamente material, es decir con independencia de la responsabilidad penal” *Ibid.* p.195.

³⁸⁸ *Ibid.* p p.181,182, 183.

De ahí, para calificar de mortal a una lesión es necesario que: “..produzca por sí sola y directamente la muerte..”, lo que nos lleva a concluir que la causa de la muerte es la lesión inferida³⁸⁹ porque, ésta, fue de tal gravedad que las alteraciones causadas en el organismo del pasivo fueron suficientes por sí mismas para provocar el desenlace fatal.

“Así, pues, la muerte ha de haberse debido: a) a que la lesión directamente la haya producido por haberse herido un órgano vital del cuerpo humano (cerebro, corazón, etc.);...”³⁹⁰

Igualmente “..aún cuando ésta resulte de causa distinta, esa causa sea desarrollada por la lesión o efecto necesario o inmediato de ella..” ello, nos permite observar que la lesión por sí misma no fue suficiente para provocar el deceso de la víctima,³⁹¹ pero, sí fue la condición necesaria que lo desencadenó:

“..como ejemplo de consecuencia inmediata productora de la muerte puede mencionarse la hemorragia consecutiva a una herida que produce la defunción por anemia;...”³⁹²

En ese caso, se aprecia la existencia de una *concausa* determinada por la lesión inferida. Además, “II. Que la muerte se verifique dentro de sesenta días contados desde el de la lesión” (*debe mencionarse que en la actualidad esta fracción ya no se encuentra vigente en nuestra legislación penal,³⁹³ a pesar de eso, es oportuno mencionarla en este apartado dedicado a los aspectos históricos*). En esa fracción segunda, que:

³⁸⁹ “Cuando las lesiones, aisladamente, por sí solas, han sido la causa de la muerte del ofendido, es fácil a los peritos medico-legistas rendir su dictamen estableciendo la relación entre las alteraciones lesivas causadas en el órgano u órganos interesados y la defunción” González de la Vega, Francisco, *“Derecho penal Mexicano. Los delitos”*, 32ª Edición, ed., Porrúa, México, 2000, p. 36.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ “..que la muerte se deba a alguna *complicación* determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; en esta hipótesis la lesión concurre con otros factores distintos a ella para producir el efecto letal presentándose lo que en teoría se ha llamado *conurrencia de causas*,...” *Ibid.* p. 37

³⁹² *Ibid.* p. 36.

³⁹³ Esta fracción fue derogada del actual artículo 303 del Código Penal Federal. (Diario Oficial del 10 de Enero de 1994). Ello es consultable en el *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p.132.

"..se basa en la observación estadística de que en los hospitales de sangre, la mayor parte de los lesionados sanan o mueren antes de ese tiempo y, además, tiene por objeto impedir que los procesos se aplacen mayor tiempo en espera del resultado final."³⁹⁴

Con ello, a la causalidad se le redujo a un aspecto temporal —*que la muerte ocurra dentro de los sesenta días contados a partir de que se infirió la lesión*— concuiyéndose; la muerte que ocurre después de esa temporalidad no puede serle imputada al activo de la lesión —*si bien, si podrá atribuírsele lesiones que ponen en peligro la vida*— sino, debe ser imputada a otra causa y por ende, adquiere significación el criterio de la *concausa*.

La fracción tercera, prevé: "...que después de hacer la autopsia del cadáver, declaren dos peritos que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en éste artículo y en los dos siguientes" esa regulación, alude al hecho de que serán dos —*y no se precisa si puede ser uno o incluso, no se aclara, si pueden ser más de dos*— los peritos que después de hacer la autopsia³⁹⁵ del cadáver, atendiendo a las reglas que prescriben el artículo en estudio y con base en los dos artículos siguientes, declaren que la lesión fue mortal; con ello, se revelan los márgenes de actuación de los especialistas para expedir su dictamen que esclarecerá la causa del fatal desenlace y con esa finalidad se tomara en cuenta lo prescrito en el artículo 545 que declaró como mortal la lesión aunque se pruebe —*siempre que se comprueben las circunstancias del artículo anterior*— "...que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; que la lesión no habría sido mortal en otra persona; o que lo fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión" Aquí, se observa como la existencia de *esas concausas* no es relevante y por eso no inciden en el resultado de

³⁹⁴ González de la Vega, Francisco, "op. cit" p. 37

³⁹⁵ "La autopsia del cadáver tiene por objeto, mediante la observación pericial de las lesiones y la apertura de las cavidades craneal, torácica y abdominal, determinar el motivo de la defunción, fijando si obedeció a las lesiones inferidas o a causas distintas.." *Id.*

declarar como mortal la lesión. El artículo 546 reguló las circunstancias en las cuales no se tendrá como mortal una lesión, aunque, muera el pasivo, en los siguientes términos: "...cuando la muerte sea resultado de una causa que ya existía y que no sea desarrollada por la lesión, ni cuando esta se haya vuelto mortal por una causa posterior a ella, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que la asistan" quedando reglamentadas las causas anteriores y posteriores a la lesión que desencadenaron el fatal desenlace y en las que la lesión no incidió para el resultado; respecto de las *causas anteriores* se ha señalado:

"En ocasiones las lesiones se infieren a individuos que en su persona ya contienen circunstancias fisiológicas o patológicas especiales, como su debilidad extrema, una enfermedad del corazón, hemofilia, diabetes, etc., las cuales al agravar o complicar la lesión, pueden dar por resultado la muerte; cuando la lesión no haya influido en esas causas mortales anteriores propias de la víctima, cuando la defunción se deba únicamente al desarrollo de dolencias anteriores, no existirá delito de homicidio por no existir relación de causalidad entre el daño de lesiones y el efecto de muerte; pero cuando la lesión influya en las causas preexistentes, colaborando con ellas en el efecto letal, deberá ser considerada como mortal."³⁹⁶

Son co-causas posteriores:

"..Por ejemplo: las complicaciones de la lesión, la ausencia de auxilio, los tratamientos médicos o quirúrgicos nocivos, los actos de tercero, las imprudencias o los excesos del propio lesionado."³⁹⁷

En las que tampoco incidió la lesión para el fatal desenlace: la aplicación de medicamentos nocivos,³⁹⁸ una operación realizada sin

³⁹⁶ *Ibíd.* p. 38.

³⁹⁷ González de la Vega, Francisco, "op. cit.," p. 38.

³⁹⁸ "...está claramente indicado que en la causación de la muerte no sólo intervienen, para producir el letal resultado, la conducta del heridor, sino una conducta posterior, torpe o imprudente o, como dice la ley, nociva, del que efectuó el tratamiento médico; por la presencia de esta conducta imperita, irreflexiva, descuidada o contraindicada, es por lo que se releva la responsabilidad en el homicidio al autor de la herida, sin perjuicio, también, de juzgar por su imprudencia al autor del torpe tratamiento médico." *Ibíd.* p. 39.

atender a las reglas de la *lex artis*,³⁹⁹ excesos o imprudencias del paciente,⁴⁰⁰ etc.. Más tarde, en el Código Penal de 1929 también se reguló el principio de causalidad en el tipo de homicidio:

"..en los artículos 967,968 y 969, introduciéndose mínimas innovaciones al texto del código de 1871..Artículo 967. Para la imposición de la sanción, no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano interesado, a alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse ya por ser incurable, ya no por no tenerse al alcance los recursos necesarios; II. Que la muerte se verifique antes de dictada la sentencia; III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales. Cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no fuere posible la autopsia, bastara que los peritos en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado del delito"⁴⁰¹

Induciéndose; no se tendrá como mortal una lesión sino cuando la muerte sea consecuencia inmediata de ella o de alguno de sus efectos o por alguna complicación determinada por la misma lesión. La fracción segunda amplió el criterio de temporalidad causal hasta el momento anterior de dictar sentencia y con eso pretendió resolver el problema de que no se aplicaba la pena que prescribe el tipo de homicidio cuando el pasivo fallecía después del día sesenta, en cuyo caso, se imponía la pena que correspondía al tipo de lesiones que ponen en peligro la vida. La fracción tercera introdujo una innovación en el sentido de que "Cuando el

³⁹⁹..el único alcance de la frase "operaciones quirúrgicas desgraciadas", es en el sentido de que por "desgraciada" debe entenderse aquella intervención quirúrgica imperita, irreflexiva, descuidada, contraindicada, es decir, en términos jurídicos, una operación precedida por un estado imprudencial o culposo del ejecutante de la misma. Por tanto, sería absurdo interpretar dicha frase en el sentido vulgar de que es desgraciada una operación por el solo hecho de que fallezca la víctima; a pesar de los sanos esfuerzos del cirujano y de lo indicado de su intervención dentro de la técnica quirúrgica." *Ibid.* p p. 39,40.

⁴⁰⁰ "Cuando la ley se refiere a los *excesos o imprudencias del paciente* que agravaron la lesión y concurrieron con ella a producir la defunción, también esta claramente indicado que existió una conducta posterior de la propia víctima, ajena ya a la del autor de la lesión, de tono imperito, irreflexivo, descuidado o contraindicado" *Id.* p. 39.

⁴⁰¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, "*La causalidad en el delito*" p p.183,184.

cadáver no se encuentre o por otro motivo no fuere posible la autopsia, bastara que los peritos en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado del delito” con esto, lo que se reglamentó fue una causa formal de un resultado fatal. El artículo 968, estableció:

“..Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe: I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; II Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; III. Que lo fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión”⁴⁰²

Regulándose —*en su caso*- la irrelevancia de las cocausas: que la lesión no habría sido mortal en otra persona, que la lesión fue mortal debido a la constitución física de la víctima, etc. El:

“Artículo 969. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión, sobre la cual esta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causa posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, exceso o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.”⁴⁰³

Quedando en los mismos términos que sus antecesores y dado que ya se ha hecho el comentario respectivo y en obvio de repetición nos abstendremos de comentarlos. De lo hasta aquí anotado, es posible deducir que el problema de la causalidad en relación con las denominadas *concausas o nuevas series causales* no es ajeno a nuestro sistema penal sino, que es abordado con antelación a la propuesta de la llamada teoría de la imputación al tipo objetivo, en tal caso, merece la pena ocuparnos de establecer no-solo la teoría de la causalidad que impera en nuestra legislación penal federal (*de la equivalencia de las condiciones, de la causalidad adecuada, la penalmente relevante, etc.*), sino, además, particularicemos la manera en que se da solución a esa problemática y en definitiva determinar -*si como se viene afirmando*- al no existir una

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ *Ibid.* p p. 184, 185.

regulación expresa en la parte general del código punitivo se afecta la regulación del nexo causal en los demás delitos ajenos al homicidio. En síntesis, lo que queremos esclarecer es la manera en que se da solución a la causalidad en los delitos ajenos al homicidio y definir si es necesaria su regulación en la parte general del código penal o si *-por el contrario-* el planteamiento actual es satisfactorio. A ese ejercicio intelectual avocaremos nuestros esfuerzos en los siguientes temas.

2.- Comentarios en torno a la situación actual

Respecto a la situación actual del nexo de causalidad *—en el caso del delito de homicidio—* en nuestra legislación penal federal⁴⁰⁴ se puede comentar que aunque su redacción ha variado, en esencia, se conserva su sentido original, así, se aprecia en los actuales artículos 303, 304 y 305.⁴⁰⁵ El Artículo 303, nos dice:

“Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinjan el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, algunas de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea porque fue incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios: II Derogada. (D.O: 10 de Enero de 1994), y III Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos, después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello

⁴⁰⁴ Es importante citar la “**N. Del E.:** anteriormente se contemplaba el aspecto penal Federal en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal; **habiéndose creado el Código Penal Federal tomándose como base el primeramente mencionado, modificándose la denominación y ciertos preceptos, mediante decreto de fecha 29 de abril de 1999, publicado en D.O del 18 de mayo de 1999, separándose el aspecto Federal del Común**” Nota visible en el *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p.1.

^{405a} ..Mariano Jiménez Huerta observa, que el sistema que el código entroniza en los artículos 303, 304 y 305, refiérese tan solo al delito de homicidio, faltando, por tanto, una regulación expresa del problema causal en orden a los demás delitos *—incendio, lesiones, daños, etc—* que requieren para su integración, la existencia de un resultado material; finalizando que no obstante, empero, esta laguna de la ley, cree que las líneas generales que inspiran el sistema entronizado para el homicidio, son aplicables, a virtud de la analogía *in bonam partem*, a los demás delitos en los que el problema causal se plantea” Visible en parte de la cita numero 25 de la obra de Porte Petit Candaudap, Celestino, “*op. cit.*,” p. 288.

a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales. Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.⁴⁰⁶

En éste artículo, en su fracción primera, se aprecia que:

"Se excluyen, naturalmente, aquellos casos en que la muerte y, por ende, el peligro para la vida no hubiere surgido a consecuencia de las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión."⁴⁰⁷

A partir de ello, se pueden apreciar los siguientes supuestos: que la lesión es mortal cuando existe *una alteración* directamente producida por ésta, y el resultado fatal se presenta debido a ésta; la lesión causa alteraciones en los órganos interesados y se despliega una *consecuencia inmediata* que induce a la muerte; la lesión provoca una alteración que desencadena una complicación y esta desencadena una consecuencia inmediata que es lo que finalmente provoca el deceso y que no pudo combatirse ya sea porque fue incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios. El Artículo 304, expresa:

"Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe: I Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; II Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y III Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que se recibió la lesión."⁴⁰⁸

Con base en esa regulación se arguye que la doctrina imperante en la legislación penal federal en torno al principio de causalidad es *la teoría de la conditio sine qua non*, en virtud, de que si se acreditan los supuestos descritos en el artículo anterior –303- se dejan de considerar como relevantes para destruir el nexo de causalidad él que se pruebe que se

⁴⁰⁶ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 132.

⁴⁰⁷ Jiménez Huerta, Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Tomo I, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 51.

⁴⁰⁸ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 132.

habría evitado la muerte con *auxilios oportunos*; que la lesión *no habría sido mortal en otra persona* o que lo fue *a causa de la constitución física de la víctima* o *de las circunstancias en que se recibió la lesión*. Por tanto, se puede establecer que el hecho de presentarse esas *co-causas* es irrelevante para dejar sin efecto el nexo de causalidad, es decir, las *co-causas* no son tomadas en consideración para excluir la causalidad que prevé la ley. El Artículo 305, dice:

"No se tendrá como mortal una lesión, aunque muere el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causa posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon."⁴⁰⁹

En éste artículo se reglamentan la existencia de series causales ajenas al activo del delito de lesiones; luego, se avala que no se tendrá como mortal una lesión *-aunque muera el que la recibió-* si la muerte es resultado de una *causa anterior* a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, no obstante, nada, se dice de las causas concomitantes a la lesión y que tampoco hayan influido en la muerte del pasivo. En los siguientes supuestos se hace alusión a la relevancia que se les otorga a las *concausas posteriores* puesto que si se presentan, el activo no podrá ser imputado con el delito de homicidio, así lo expresa, Jiménez de Asúa:

"...la última parte del artículo 305, da valor de concausa eficaz, o mejor de nueva serie causal a los acontecimientos posteriores: no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la lesión se hubiera agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, exceso o imprudencia del paciente o de los que lo rodearon"⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p p. 132, 133.

⁴¹⁰ Citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, "op. cit.," p. 288.

Este apartado por su claridad revela con precisión aquellas causas o nuevas series causales irrelevantes para calificar de mortal la lesión inferida al cuerpo del pasivo, aunque éste, fallezca.

III.- El principio de la causalidad en la jurisprudencia penal mexicana

En nuestro sistema de justicia penal se ha aceptado por disposición expresa de la ley de amparo –*artículo 192, párrafo segundo*⁴¹¹- que:

“Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.”⁴¹²

Porte Petit –*examinando el semanario Judicial de la federación*-, escribe:

“Al hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria...y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión.”⁴¹³

⁴¹¹“En México, los tribunales autorizados legal y constitucionalmente para sentar tesis jurisprudenciales, son la Suprema Corte de Justicia, actuando en Pleno o en Salas, así como los Tribunales Colegiados de Circuito. Sobre el primer órgano judicial competente para emitir algún criterio de jurisprudencia, en el que se prevé la posibilidad que se conformen las referidas tesis, sosteniendo que la jurisprudencia que emane de la Corte en Pleno o en Salas es obligatorio para los demás órganos judiciales estatales y federales, que sean inferiores a la Suprema Corte de Justicia. Debo aclarar que la jurisprudencia del Pleno es obligatoria también para las Salas, mientras que la jurisprudencia que éstas fomen, no es de acatamiento obligatorio para el pleno; esto se debe a que el Tribunal más alto del país es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia; siguiendo en esa línea las Salas del mismo tribunal, o sea, éstas son inferiores jerárquicas del Pleno de la Corte, por lo que deberán acatar los criterios jurisprudenciales del Pleno. Ahora bien, si la Suprema Corte de Justicia es el Tribunal más importante y de mayor grado en nuestro país, es lógico que la interpretación que haga de las leyes, debe ser considerada como obligatoria para las demás autoridades judiciales de México, encontrando entre dichos Tribunales a los Unitarios y Colegiados de Circuito, a los Militares.. Todos ellos tienen la obligación derivada de la Ley de Amparo, de acatar y obedecer la interpretación que haga la Suprema Corte, actuando en Pleno, o en Salas, de las diversas leyes que rigen y están vigentes en nuestra nación, y cuya aplicación origina un sin número de controversias que se dirimen a través del juicio constitucional de amparo.” Parte del comentario al artículo 192 de la Ley de Amparo que puede consultarse en: Del Castillo del Valle, Alberto, “*Ley de Amparo Comentado*” Editorial Dúero s.a de c.v, México, 1990, p. 219. ,

⁴¹² “*Ley de Amparo*” que contiene las disposiciones legales hasta 2004, ed., Sista, p. 79.

⁴¹³ Porte Petit Candaudap, Celestino, “*op, cit.*,” p. 266.

El Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, en torno al tema que aquí nos ocupa, ha sustentado el siguiente criterio:

"HOMICIDIO, RELACION DE CAUSALIDAD.- Para que una lesión no se reputa como mortal, cuando deviene la muerte, debe quedar plenamente demostrado que intervino, en el proceso causal, una concausa autónoma que fue la producción inmediata de la muerte, como por ejemplo: una intervención quirúrgica desafortunada. Consecuentemente, si en el caso se menciona, en la peritación médica, que una de las heridas del muslo derecho, interesó todos los planos y seccionó el paquete vasculonervioso y, se dice también, que por el aspecto de los "ases" intestinales, "se piensa que por la vía refleja se efectuó un cuadro del tipo paralítico" es manifiesto que las heridas sufridas por el hoy occiso, fueron la condición para que sufriera el shock traumático y sobreviniera el paro cardíaco, que ocasionó la muerte.

Revisión 55/74.- Penal.- José Alfredo Fuentes Díaz.- 23 de Abril de 1974.- Ponente: Renato Sales Gasque.- Secretaria: Martha Alpuche de Rosario. Informe 1974. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, pág. 334"⁴¹⁴

En esa tesis se sustentó que para que una lesión no sea considerada mortal debe haberse presentado una concausa -dice la tesis "autónoma"- entendiendo por ésta, a aquella causa que por sí misma y de manera individualmente considerada puede desencadenar el suceso fatal sin que la lesión haya influido en modo alguno en ese resultado y aclara el caso en que eso se presenta al mencionar el supuesto de una "intervención quirúrgica desafortunada," deduciendo, por tal, no solo el que la intervención quirúrgica desemboque en el resultado muerte sino en que la actuación del cirujano sea calificada de imperita o imprudencial de acuerdo con las reglas de la *lex artis* y de esa manera, lo que en realidad causa la muerte no es la lesión inferida sino la actuación del médico negligente y descuidado y por eso es que al activo del delito de lesiones no se le impute la muerte del pasivo.

"HOMICIDIO, NEXO CAUSAL, EN EL DELITO DE.- La responsabilidad que se le atribuye al inculpaado del delito de homicidio, no se desvirtúa por

⁴¹⁴ Castro Zavaleta, Salvador, "75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana, 1917-1991," Suprema Corte de Justicia y Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II; Orlando Cárdenas Editor, 1992, p. 708.

el simple hecho de que el occiso padeciera leucemia granulocítica-crónica, pues en el certificado de autopsia se determina que la muerte de la víctima fue por alteraciones causadas en los organismos interesados por el arma punzo-cortante que produjo la herida del ofendido y dos complicaciones: shock hipovolémico y septicemia, asimismo en el dictamen de los médicos legistas adscritos a la Procuraduría General de Justicia del Estado de Sinaloa, se concluye que la causa directa y necesaria de la muerte se debió a septicemia de la herida penetrante de abdomen; en consecuencia, no obstante que la víctima padeciera leucemia granulocítica (cáncer sanguíneo), no se desvirtúa la responsabilidad del acusado, ya que se encuentra acreditado que la causa determinante de la muerte, fue la alteración originada en el organismo de la víctima por la lesión producida, demostrándose así el nexo de causal que debe existir entre la conducta del hecho delictuoso y el resultado producido.

Amparo directo 56/88.- Leobardo Gastelúm Cázares.- 4 de mayo de 1988.- ponente: Juan Miguel Gracia Salazar.- secretario: Ángel Torres Zamarrón.

Informe 1988, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, nú., 4, Pág. 944⁴¹⁵

En la jurisprudencia que antecede se aclara el momento en que el resultado muerte le es atribuida al activo del delito que ha inferido una lesión; pues, se sustentó que no puede considerarse eficaz para dejar insubsistente la sanción por homicidio el que el activo mencione que el pasivo del delito padecía de cáncer en la sangre porque si bien es cierto que esa situación corresponde a una circunstancia particular de la víctima que muy probablemente desencadenaría en su fatal deceso; ello, resulta irrelevante, si se toma en cuenta que la causa de la muerte es el resultado de la alteración originada en el organismo de la víctima por la lesión producida y el activo deberá ser sancionado con la pena que le corresponde al delito de homicidio.

"HOMICIDIO, AUSENCIA DE, POR CONCAUSA, POSTERIOR POR CONCURRIR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DESGRACIADA (ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO PENAL DE SAN LUIS POTOSÍ, IDÉNTICO AL 305 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL).- Debe establecerse previamente que la Quirúrgica es al parte de la medicina que trata de la cirugía y ésta se ocupa de las operaciones

⁴¹⁵ Castro Zavaleta, Salvador, "75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana, 1917-1991" p. 705.

que se realizan con las manos y los instrumentos. El supuesto es una operación o sea, maniobras de médicos sobre el cuerpo de un sujeto en el que se hayan utilizado manos e instrumentos. La operación desgraciada no resuelta porque se haya producido la muerte, pues una operación puede haber sido realizada con todo el cuidado exigido por la técnica médica y, sin embargo, puede dar lugar a la muerte por ser imposible que se salve el sujeto. Luego en el artículo 324 del Código penal del Estado de san Luis Potosí, idéntico al artículo 305 del Código Penal para el Distrito Federal, el legislador no se refiere a la existencia de una operación quirúrgica que ocasione la muerte, sino a operaciones quirúrgicas desgraciadas en las que por no realizarse correctamente una operación se haya producido el efecto letal, pues por "desgraciada" habrá de entenderse aquella intervención quirúrgica imperita, irreflexiva, descuidada; es decir, una operación precedida por un estado imprudencial o culposo del ejecutando de la misma. Por lo cual, es absurdo interpretar dicha frase en el sentido erróneo de que es desgraciada una operación, por el solo hecho de que fallezca la víctima, a pesar de los naturales esfuerzos del cirujano y de lo indicado de su intervención dentro de la técnica quirúrgica. Toda operación quirúrgica desgraciada apareja imprudencia que puede consistir en hacer lo que no se debe hacer o en dejar de hacer lo que se debe de hacer. En la especie, la imprudencia que motivo la operación quirúrgica desgraciada consistió en no haberse hecho lo que técnicamente debió hacerse, es decir, existió una imprudencia que originó la muerte del ofendido. En efecto el flemón y septicemia resultantes que agravaron la lesión, presentándose después la muerte, fueron por la concurrencia de una causa posterior, o sea, la falta de una saturación necesaria, por lo que en los términos del artículo 324 del Código Penal aplicable, se debe concluir que el hoy quejoso no puede responder del delito de homicidio, por haberse presentado la concurrencia de una concausa posterior (intervención quirúrgica desgraciada), debiéndose otorgarse la protección y el amparo de la justicia federal).

D. 2649/71.- Jonás Treviño Ortega.- 10 de Febrero de 1972.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente Abel Huitron y A.

Informe 1972 Primera Sala, Pág.33⁴¹⁶

En ésta opinión -sustentada por la Primera Sala del supremo tribunal-, en el sentido de otorgarle eficacia a la concausa "*intervención quirúrgica desgraciada*" se precisa que es aquella en que el actuante ha desarrollado su actividad de manera irreflexiva e imprudente (culposa) puesto que se han apartado de lo que la técnica (*lex artis*) aconsejaba para el caso en concreto, ese es, *en esencia*, el punto medular que nos permite aseverar la

⁴¹⁶ Castro Zavaleta, Salvador, "75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana, 1917-1991," p p. 692, 693.

eficacia de la concausa en comento; además, el carácter de "intervención quirúrgica desgraciada" no debe ser entendido en el sentido de que el resultado de esa intervención sea la muerte, pues, en muchos casos se actúa con todas las medidas de precaución y de cuidado y cumpliendo fielmente con los dictados de la *lex artis* y el resultado muerte *-del paciente-* es inevitable, por tanto, la eficacia de la concausa que se comenta no está supeditada al calificativo que venimos refiriendo - *"intervención quirúrgica desgraciada"*- sino a la falta de precaución con la que se ejecuta el procedimiento quirúrgico que se enlaza de manera lógica y natural con el resultado muerte y por ende, lo que en realidad se está comentado no es que la lesión inferida por el activo en el cuerpo del pasivo haya sido mortal, sino que existe una causa ajena a la lesión que desencadena la muerte del pasivo y por eso *-validamente-* se puede sostener que se habla de una *nueva serie causal* y no únicamente de una concausa eficaz para no imputar al activo del delito de lesiones la pena por el delito de homicidio.

IV.- Teoría causal imperante en nuestro sistema de justicia penal

En éste apartado procuraremos evidenciar de las diversas teorías causales que existen en la doctrina, cuál es la imperante en nuestro país, para ello, atenderemos a las opiniones que los doctrinarios mexicanos han expresado procurando establecer con claridad la discusión que se ha establecido en torno al tema. Con esa pretensión, ha lugar a citar lo que Celestino Porte Petit, menciona al respecto:

"..La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado

no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior solo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la *conditio sine qua non*, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y el de la prohibición de retroceso, pues colocado el problema dentro de la parte objetiva del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad⁴¹⁷

En ese párrafo se explica no solo lo que debe entenderse por el principio de causalidad, también, se esclarece, cual es la teoría imperante en nuestro sistema de justicia penal, no quedando duda alguna respecto a que la que domina es la teoría de la equivalencia de las condiciones. A pesar de eso, cuando se aborda el problema de los correctivos de esa teoría se alude al criterio del *correctivo de culpabilidad* y eso es así, debido a que en el criterio anterior se siguen los postulados de la explicación causalista del delito y en ella se considera al dolo y la culpa como especies de la culpabilidad; pero, hoy por hoy, ya no se discute la ubicación del dolo y de la culpa en la parte subjetiva del tipo y ya no es válido hablar de correctivo de culpabilidad y tampoco es válido que se diga que no puede ser correctivo lo que es un elemento más de la sistemática del delito; claro, si consideramos al tipo como conglobante con una parte objetiva y subjetiva entonces es viable considerar a la acción desencadenante del cambio producido en el mundo material como realizada de manera dolosa o culposa y en ese sentido adquiere relevancia la postura Welzeniana y encuentra ubicación el acotamiento de la conducta humana en el tipo. En cuanto al principio de *la prohibición de regreso*, es cierto que si no se limita la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* se puede llegar a excesos que vulneran los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, pudiéndose establecer responsabilidad en quien no la tiene. De

⁴¹⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, "op. cit.," p. 266.

ahí que, el tipo concebido de manera integral con su parte objetiva y subjetiva permite establecer que solo el que ha puesto una causa dolosa o culpable es posible fincarle responsabilidad y con ello se desquebrajan las críticas que con antelación se enderezaban en contra del correctivo de culpabilidad y de la prohibición de regreso.

Siguiendo las ideas del penalista mexicano –ya citado- y en torno al delito de homicidio confirma su postura cuando apunta que en nuestro sistema jurídico penal:

“funciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, puesto que, no obstante la concurrencia de concausas como “no poderse combatir la lesión por ser incurable” o por “no tenerse al alcance los recursos necesarios” se tendrá la lesión como mortal. Obsérvese por tanto que estas concausas no destruyen el nexo causal, siendo irrelevantes para el resultado producido”⁴¹⁸

Con esa tesis, acierta el brillante penalista, porque es indiscutible que la ley penal al considerar ineficaces a las co-causas ha dado base para acuñar aquella frase tan reconocida en nuestro medio “*la causa, es causa de lo causado*”.⁴¹⁹ Aunque, no todos los doctrinarios se muestran partidarios de esa explicación y algunos creen reconocer la vigencia de la teoría de la causalidad adecuada.⁴²⁰

“Dice Jiménez Huerta que el Código, para el efecto de la causalidad, no se funda en la exclusión del nexo causal entre lesión y muerte, por la concurrencia de cualquier causa, sino en las particulares circunstancias

⁴¹⁸ *Ibid.* p. 283.

⁴¹⁹ Para evidenciar esa afirmación baste citar: “la letra de una canción inglesa inspirada en la batalla de Waterloo, que expresa: “A causa de un clavo =la herradura se perdió- A causa de la herradura –el caballo se perdió-, A causa del caballo –el jinete se perdió-, A causa del jinete –el mensaje se perdió-, A causa del mensaje –la batalla se perdió- A causa de la batalla –la guerra se perdió- A causa de la guerra =el imperio se perdió-” GOLDENBERG, citado por Julio Fierro, Guillermo, “*op. cit.*,” p. 7.

⁴²⁰ “Tal punto de vista le parece satisfactorio a TRUJILLO CAMPOS, para quien es el pensamiento de la *adecuación* el que norma el sistema contenido en los artículos 303, 304 y 305..” Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, “*La causalidad en el delito*” p. 190.

⁴²⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raul, “*Derecho penal Mexicano. parte general*” p. 342.

que circundan cada caso. Para él dichas "particulares circunstancias" operan claramente en el Artículo 304; y se sobreentiende que ello es suficiente para probar que tal precepto admite la causalidad adecuada"⁴²¹

Esa reflexión no es admisible ya que también en ese precepto (*el artículo 304*) se observa la vigencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, luego:

"como dice Jiménez de Asúa, así se desprende del artículo 304, en que se estima sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no prestar oportuno auxilio y la preexistencia de la personalidad del herido, como su constitución física".⁴²²

Nosotros, pensamos que a pesar de la existencia de "una muy vacilante afiliación teórica"⁴²³ y de "...lo ambiguo y contradictorio de los textos casuísticos..."⁴²⁴ la teoría causal imperante es la teoría de la equivalencia de las condiciones,⁴²⁵ y debido a que la doctrina ha reconocido como actuación del hombre no solo la acción externada de manera voluntaria, sino, de manera dolosa o culposa y es que puede soportarse – *validamente*– que ese nexo causal no se amplía de manera exorbitante y no puede seguir siendo cuestionado *-como se hacia con antelación-* que de admitírsele se extendería sin control la aplicación del derecho penal y se instituiría responsabilidad en personas que nada tuvieron que ver en el hecho calificado de delictivo⁴²⁶ y su aplicación violaría los postulados de un Estado de Derecho; en consecuencia, para la debida integración de la

⁴²¹ *Id.*

⁴²² Citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, "*op. cit.*," p. 287.

⁴²³ Jiménez de Asúa, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, "*Derecho penal Mexicano. parte general*" p. 340.

⁴²⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, "*Derecho penal Mexicano. parte general*" p. 340.

⁴²⁵ Aunque debe citarse que: "...cabe concluir que la teoría de nuestra Ley Penal es insegura y que no ha sido recogida una teoría orgánica de la causalidad que satisfaga todos los extremos que la limitan" *Ibid.* p. 343.

⁴²⁶ Como ya lo hemos apuntado, piénsese en el caso, de que se intentara establecer responsabilidad penal en un homicida, con el fundamento de *la codicio sine qua non*, nos veríamos obligados a extender esa imputación también a los padres que lo engendraron y a su vez, a los padres de éstos y así sucesivamente, debido a que no se puede entender suprimidas a esas personas sin que deje de existir la acción del homicida y por tanto son causa del resultado penalmente relevante.

conducta externada con la descrita en la ley es necesario observar (*entre otros requisitos*) la parte objetiva del tipo donde se atenderá a los elementos objetivos; *conducta, resultado y nexa causal*, circunstancias de tiempo, modo, ocasión y lugar, elementos normativos y a la parte subjetiva, donde se cumplirá con los elementos subjetivos ajenos al dolo y a la culpa y dolo o culpa; con eso, la crítica que se enderezaba contra la teoría de la equivalencia de las condiciones ya no se le puede reconocer la validez que antes se le concedió.

V.- Breve comentario en torno a las co-causas en el caso del delito de homicidio

Por lo que hemos expuesto hasta aquí es factible deducir que el problema de las co-causas en la legislación —*en especial en el delito de homicidio*— se puede plantear en dos aspectos: *primero*, en el sentido de que la ley no concede efecto alguno a las concausas y por tanto adquiere relevancia la teoría de la equivalencia de las condiciones ya que todas las condiciones son de igual valor en la producción del resultado calificado de delictivo y si alguien infiere una lesión al pasivo no importa que concurren otras circunstancias puesto que de no haber puesto esa condición —*lesión del pasivo*— el resultado muerte no se presenta. Por otra parte, también existe la posición que sostiene que en el supuesto del artículo 305 del Código penal Federal se localiza el límite para la teoría de la equivalencia de las condiciones:

"No se tendrá como mortal una lesión, aunque muere el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causa posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon"⁴²⁷

⁴²⁷ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p.p.132, 133.

Nosotros, nos mostramos convencidos del criterio que da fuerza eficaz a las concausas que regula el artículo 305 del Código Federal sustantivo, pero, ello, se debe, no a que se reconozcan otras causas que concurren con la lesión, sino, a que –*en verdad*– se trata de una relación causal ajena a la actuación del activo de lesiones: causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido; causas posteriores: aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon y por eso, es que no se aplica la pena señalada para el delito de homicidio.

1.- Aspectos relevantes del principio de causalidad ajenos al tipo de homicidio

Podemos encontrar algunas evidencias –*ajenas al tipo de homicidio*– en torno al principio de causalidad en ciertas descripciones típicas, éstas, se ubican en:

“..el artículo 162..”cuando se cause..”; el 166 “si se causare”; el 177 “si resultare daño”; el 232, fracción II, “causando daño..”; el 245, fracción III, “que resulte..”; el 254, fracción II, “cuándo se ocasióné..”; el 289 “al que infiera..”; el 303, fracción I, “alteraciones causadas..”; el 305, “una causa anterior..” el 306, “pueda producir como resultado..”; el 305 “una causa anterior..”; el 306, “pueda producir como resultado”..”⁴²⁸

Así, respecto del TÍTULO QUINTO: Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia, su Capítulo I, *Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia*. El artículo 166, establece:

“..Al que quite, corte o destruya las ataderas que detengan una embarcación u otro vehículo, o quite el obstáculo que impida o modere su movimiento; se le aplicará prisión de 15 días a 2 años, si no resultare daño alguno: si se **causare**,⁴²⁹ se aplicará además la sanción correspondiente por el delito que resulte.”⁴³⁰

⁴²⁸ Pavón Vasconcelos Francisco, “*La causalidad en el delito*” p.185.

⁴²⁹ Con la idea de llamar la atención del lector, se destaca con negritas la frase que hace alusión al principio de causalidad.

⁴³⁰ *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2000, p.41.

Acerca del capítulo II "*Violación de correspondencia*" en el artículo 176 se menciona:

"..al empleado del telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina. **Si causare** daño⁴³¹ se le impondrá de quince días a un año de prisión o de 30 a 180 días multa."⁴³²

En el capítulo IV "*Falsificación de documentos en general*" del título Decimotercero, el artículo 245 establece:

"..para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes: II. Que **resulte**⁴³³ o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honor o en su reputación"⁴³⁴

Como puede apreciarse de los tres artículos transcritos, ciertamente, existen descripciones típicas que hace el legislador donde de manera expresa hace alusión a la causalidad, pero, como nuestro objeto de estudio no es analizar el conjunto de tipos donde se presenta esa circunstancia, valga lo antes expuesto, para dejar evidenciado que el principio causal, si bien, no existe expresamente regulado en la parte general del código penal federal, tampoco, se ha dejado de considerar de manera específica en el contenido de algunos tipos penales y no puede desconocerse su ubicación en la parte objetiva del tipo al momento de adecuar la conducta externada en el mundo fáctico con la descrita en la ley.

VI.- Algunos problemas de causalidad esbozados en la doctrina penal mexicana

1.- En el caso de causalidad doble

Para evidenciar el supuesto a que se refiere el subtítulo que nos ocupa vale la pena citar lo que:

⁴³¹ Destaco con negritas la frase que hace alusión al principio de causalidad.

⁴³² *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2000, p.44.

⁴³³ Se destaca con negritas la frase que hace alusión a la causalidad.

⁴³⁴ *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2000, p.76.

“Nos dice Baumann que “existiría causalidad doble, si X e Y mataran o envenenaran a V en forma independiente y simultánea (sin que por el concurso de las condiciones, el tiempo, y la forma del resultado experimenten un cambio). La circunstancia de que los casos de causalidad doble auténtica hayan ocupado la práctica en tan escasa medida; también se desprende de razones procesales. Nunca se presenta un caso en que conste con seguridad que ambos autores han producido el mismo resultado exactamente en el mismo instante. Pero si se duda acerca de la simultaneidad del efecto de la conducta y de los autores, se invocará la circunstancia (según el principio de la prueba *in dubio pro reo*) de que la cadena causal había sido en cada uno de ellos la más lenta. Si X e Y matan a tiros a V al mismo tiempo, debe alegarse a favor de X que Y fue más rápido (X: sólo homicidio tentado) y a favor de Y debe admitirse que X fue más rápido (también Y: sólo homicidio tentado)..”⁴³⁵

En realidad -en ese supuesto- estamos frente a un problema de duda en torno a la determinación del momento en que se ha causado el resultado penalmente relevante porque no se puede ignorar el que se conozca con certeza quienes han causado el efecto material, lo que se discute, es quien fue más rápido en su ejecución y si eso es precisamente lo que no es posible establecer debido a que las acciones fueron simultáneas se actualiza la aplicación del *principio in dubio pro reo*, pues, si bien, no se tiene la certeza de quien fue más rápido en la producción del resultado si se comprobó de manera indubitable quienes intervinieron y en ese caso, operaría en favor de los infractores “*lo que mas beneficie al reo*”. Además, en el ejemplo citado, se sugiere que “Nunca se presenta un caso en que conste con seguridad que ambos autores han producido el mismo resultado exactamente en el mismo instante” pero, en caso de presentarse ese tipo de situaciones debe operar en favor de los inculpados la presunción de “que la cadena causal había sido en cada uno de ellos la más lenta” y con ello se sancionaría a cada uno de los intervinientes en grado de tentativa y no como homicidio consumado.

⁴³⁵ Baumann, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, “*op. cit.*,” p. 268.

2.- En el supuesto del curso causal excepcional

Para evidenciar el *curso causal excepcional* se puede apuntar como:

"...ejemplo, "cuando la persona a quien se envia a un bosque durante una tempestad, con la intencion de que la mate un rayo, es alcanzada por una chispa electrica, o en los casos de conjuros o rezos, etc., para producir la muerte, en los que fallece, en efecto, la persona a quien se desea matar"⁴³⁶

Aquí, se aprecia que los factores de la naturaleza -como lo es el rayo- escapan al control causal del hombre, conque, no es posible que el activo del delito de homicidio pueda controlar el rayo, un terremoto o cualquier elemento de la naturaleza que escapando a su control -a su voluntad- pueda ser utilizado para desencadenar el resultado fatal. Por supuesto, si se atiende a la teoría de la equivalencia de las condiciones que sostiene que todas las condiciones son de igual valor y por tanto todas productoras del resultado, tendríamos que concluir que en el caso de quien envía a una persona al bosque *bajo una tormenta* con la esperanza de que le caiga un rayo y la mate es responsable del delito de homicidio, porque, si no la hubiera enviado al bosque, el rayo no la hubiera matado; en otras palabras, ha puesto la condición que desencadenó el resultado fatal. Esa explicación tiene su basamento en el pensamiento positivista⁴³⁷ dominante del siglo XIX fundado con base de causa-efecto. Más tarde, Welzel, al atender a ese tipo de situaciones -como ya lo hemos establecido en las líneas que anteceden- niega el dolo y así ubica su solución en la parte subjetiva del tipo; luego, éste, no solo es el *conocer* y el *querer* la parte objetiva del tipo sino que el verbo *querer* debe ser entendido como la capacidad de "querer

⁴³⁶ Mezger, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, "op. cit.," p. 270.

⁴³⁷ "...una época en la cual la causalidad fue el principio rector a través del cual se estructuraron no sólo las ciencias naturales en su moderna concepción, sino que, además ella invadió el campo del derecho, la historia, la sociología y todas las demás ciencias culturales con una impetuosidad y seguridad tal, que se llegó a creer ingenuamente que se habían encontrado las soluciones a todas las incógnitas existentes, a poco que el tiempo permitiera ahondar en el estudio de ellas y en el descubrimiento de las relaciones causales más recónditas que todavía no habían sido expuestas a la luz de la ciencia." Julio Fierro, Guillermo, "op. cit.," p. 70.

realizar”⁴³⁸ con ello, el dolo debe ser la posibilidad de realizar materialmente la parte objetiva del tipo y se percibe en la selección del medio y en el desencadenamiento del curso causal hacia la realización de la parte objetiva del tipo; lográndose así, negar el dolo, pues, el activo no puede *–material y validamente–* seleccionar el rayo como medio para la realización de la meta previamente seleccionada y desencadenar el curso causal hacia esa meta porque el rayo no es un medio del que pueda valerse *–de manera voluntaria–* el activo para obtener el resultado fatal (muerte del pasivo). Roxín, al analizar, ese problema encuentra otra solución y establece que si no se sanciona este tipo de conductas no es por que no exista el dolo (querer la realización de la muerte del pasivo y que eso ocurra) sino porque el tipo de homicidio no abarca esos acontecimientos *-no entran dentro del ámbito de protección de la norma-*. Con esa explicación, es perfectamente entendible que se encuentre la solución en la parte objetiva del tipo y no en la subjetiva como lo estableció Welzel.

A nosotros nos parece que la solución en este tipo de situaciones debe encontrarse a partir de considerar que el tipo es un tipo conglobante en que debe de analizarse en principio la parte objetiva del tipo y después su parte subjetiva y si se llega a la conclusión de que las conductas que han provocado ese resultado no son de las que tiende a proteger el tipo y no existe tipo que las describa, en realidad, nos enfrentamos no a un problema de la parte objetiva del tipo, ni tampoco de la parte subjetiva, simplemente estamos ante una *ausencia de tipo* y por tanto, ni siquiera puede alegarse que esa conducta interese al ámbito penal.

⁴³⁸ “El dolo penal tiene siempre dos dimensiones no sólo es la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de realización del tipo..” Welzel, Hans “*op. cit.*,” p. 77.

3.- En la suposición de la causalidad anticipadora

Respecto de éste supuesto puede mencionarse el

"...ejemplo, de que "X suministra un veneno a V. Antes de que surta efecto, aparece Y y de un tiro mata a V. Aquí, la cadena causal -suministración del veneno y muerte de V- está interrumpida o superada por la cadena causal que actúa con mayor rapidez; el disparo y la muerte de V, X no ha matado a V y sólo se le podría castigar a título de tentativa de homicidio"⁴³⁹

En el ejemplo se atestigua que la causalidad es interrumpida o superada por la cadena causal que actúa con mayor rapidez. A pesar de eso, respecto de la *interrupción de la cadena causal*, se puede mantener que ésta no se interrumpe, simplemente existe o no y por lo que se refiere al *adelantamiento de la cadena causal* se puede decir que en realidad se habla de otra cadena causal diversa, aún y cuando el resultado muerte es perseguida como meta en ambos casos; así, habrá que analizar el suceso en sus dos vertientes: la actuación del activo que suministra el veneno al pasivo buscando que éste muera y la actuación del activo que mediante un tiro mata al mismo pasivo que ingirió un poco antes el veneno y es a partir de éstas dos cadenas causales como es posible deducir que el primer activo aunque ha querido la muerte del pasivo -y de hecho la hubiera conseguido de no presentarse la actuación de quien dispara un tiro y lo priva de la vida- no puede ser sancionado por homicidio sino por tentativa y el segundo debe ser sancionado por homicidio.

Como puede observarse, los problemas de causalidad expuestos han encontrado respuesta satisfactoria en el ámbito de la doctrina penal mexicana.

⁴³⁹ Baumann, citado por Porte Petit Candaudap, Celestino, "op. cit.," p p. 271, 272.

VII.- Precisiones teóricas

1.- El nexo de causalidad, el nexo de evitación y la atribuibilidad

Como ha quedado anotado, el principio de causalidad tiene una regulación específica en la ley *-básicamente en el tipo de homicidio-*⁴⁴⁰ desde el código penal de 1871 y ha conservado ese lugar. Además, debe demarcarse que en la estructura del tipo penal se ha reconocido como elemento objetivo al nexo de causalidad *-en ese terreno, es donde se centra la propuesta de la llamada teoría de la imputación al tipo objetivo-* y es aquí, donde la doctrina penal ha estudiado a la causalidad como un elemento necesario para integrarlo y para poder realizar el encuadramiento de la conducta descrita con la externada por el activo en el mundo fáctico; esa situación, nos lleva a señalar que desde el punto de vista teórico existe una regla general para aplicación del principio de causalidad a todos los delitos puesto que se le reconoce como elemento integrante del concepto del injusto penal,⁴⁴¹ aunque, debe aclararse, que esa causalidad con base naturalística se hace patente *-únicamente-* en los delitos de resultado o en los delitos de comisión por omisión,⁴⁴² quedando en la mesa de la discusión la causalidad de los delitos de omisión, porque, en éstos, lo que

⁴⁴⁰ "La causalidad se entroniza en el derecho penal para determinar, en el homicidio, la causa productora de la muerte. De ahí se extiende a otras figuras hasta convertirse en problema de todos los delitos. Esto último representa ya un extravío, porque el nexo causal sólo debe ser planteado en los tipos de acción con resultado material. La razón es obvia: se trata de una conexión entre sucesos naturales." Islas de González Mariscal, Olga *"Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida"* p. 52.

⁴⁴¹ Para la debida *individualización judicial de la pena* el artículo 52 del Código penal federal establece: "El juez fijara las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;...V..los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.." *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2000, p. 21. Con base en lo anterior = se considera- que en sentencia se debe acreditar el principio de la causalidad.

⁴⁴² Otros consideran que el problema causal también debe abarcar los delitos de *comisión por omisión*: "...sólo es factible hablar de relación causal y, por tanto, de causalidad en los delitos de acción que producen un resultado material, o en los delitos de comisión por omisión en los que siempre se da un resultado de la misma naturaleza" Pavón Vasconcelos Francisco, *"La causalidad en el delito"* p. 63.

se reconoce que se presenta es el nexo de evitación⁴⁴³ que la ley, el contrato o el actuar precedente obligan al activo en su calidad de garante a la evitación del peligro o la lesión del bien jurídico protegido. Así, podemos precisar que *el principio de causalidad* con base naturalística de causa-efecto aparece como requisito de la parte objetiva del tipo y es necesaria su satisfacción para calificar a la conducta humana con el carácter de delictiva y con igual fin, se debe atender al *nexo de evitación* que vincula el no actuar del hombre con el resultado penalmente relevante a través de la posición de garante que la ley, el contrato o el actuar precedente obligaba al omiso a ejecutar la conducta mandada para evitar el resultado penalmente relevante y finalmente vale la pena decir que el *principio de atribuibilidad* debe ser entendido de manera mas extensa que como se le viene manejando⁴⁴⁴ al considerarse únicamente para efecto de acreditar la conducta activa, culposa u omisiva con el resultado en la parte objetiva del tipo –no se pierda de vista, que aquí ya asumimos el nexo causal y el de evitación- y debemos aplicarlo valorativamente a los demás elementos –*antijuridicidad y culpabilidad*- del injusto penal.

Ahora, nos ocuparemos de la actividad del hombre y su vinculación al resultado penal.

2.- La conducta humana y su vinculación al resultado jurídicamente relevante

Cuando el Estado ha pretendido establecer la relación de causa-efecto entre la conducta del hombre y el cambio que ha provocado en la realidad,

⁴⁴³ “En los tipos de omisión, incluyendo el culposo, ese nexo formal o jurídico recibe el nombre de nexo de evitación, porque precisamente, como ya se dijo, vincula a la omisión culposa con un resultado material que no proviene directamente de la conducta del activo” Vergara Rojas, Gonzalo Antonio, “Breve referencia analítica del nexo de atribuibilidad en el tipo culposo por acción y omisión” Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Enero- Junio de 2001/Año 1. Volumen 1, Número 1, Toluca Estado de México, p. 132.

⁴⁴⁴ “El examen del resultado típico y su vinculación a una conducta (activa u omisiva), debe realizarse partiendo del examen del nexo de atribuibilidad (vinculación material o jurídica)” *Ibid.* p.

ha recurrido al análisis de la parte objetiva del tipo; en consecuencia, no encontraremos una regla específica en la parte general del código punitivo que expresamente norme el principio de causalidad,⁴⁴⁵ a pesar de ello, no debe dejarse de lado el mencionar que algunos doctrinarios cuando estudian la conducta humana (*omisa o culposa*) y su relación indisoluble con el resultado penalmente relevante acuden al párrafo segundo de los artículos 7º y 9º de nuestro actual Código penal Federal, que a la letra establecen; artículo 7:

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente."⁴⁴⁶

El artículo 9º menciona:

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."⁴⁴⁷

En éste último, se pretende encontrar un nexo de causalidad⁴⁴⁸ entre el obrar culposo y el resultado calificado con el ropaje delictivo, cuando se afirma:

⁴⁴⁵ En sentido contrario, se dice, que ese principio de causalidad debe ser atendido al momento de la *individualización judicial de la pena*. (Artículo 52 del Código Penal Federal).

⁴⁴⁶ González-Salas Campos, Raúl, "DOLO, CULPA Y NEXO DE CAUSALIDAD", publicado en: García Ramírez, Sergio, Islas de González Mariscal, Olga, Coordinadores, "Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal, "Fernando Castellanos Tena", Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 95.

⁴⁴⁷ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 4.

⁴⁴⁸ Hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, el que debe diferenciarse entre la causalidad con base de causa-efecto y de corte naturalístico de principios del siglo XIX y aquél *nexo de atribubilidad* que por ser de carácter normativo pretende establecer el momento en que una conducta externada de manera voluntaria por el activo es relevante para el ámbito penal. Así, en el caso del delito culposo que se menciona, *lo relevante es la violación de un deber que impone la norma jurídica* y no establecer una relación de causalidad con base naturalística donde no existe, lo que da base, para que sea atribuido valorativamente al agente su conducta como: antijurídica y culpable.

"..el hecho culposo y punible es aquel que causa un resultado típico, lesionando un deber objetivo de cuidado, pudiendo mediar nexo de causalidad entre el resultado y el disvalor de la conducta que desatendió el cuidado exigido para evitar dicho resultado"⁴⁴⁹

Esa situación es cuestionable debido a que lo que en realidad esta fundamentando el carácter delictivo de la conducta culposa es la *violación a un deber de cuidado* que la ley impone al garante del bien jurídico derivado de la *ley, del contrato o de un actuar precedente* y no la existencia de un vínculo de realización necesaria que en el caso que nos ocupa no existe. Pese a éstas referencias y precisiones que he denominado "teóricas" me declaro partidario del principio de Atribuibilidad en el campo del derecho penal por eso a continuación me ocupare de apuntar algunos argumentos que considero procedentes para sostener esa postura.

VIII.- Teorías que pretenden explicar el nexo de evitación

En el primer capítulo de este trabajo ya nos hemos ocupado de esbozar las principales teorías que pretenden explicar el nexo de causalidad en la acción, ahora, nos toca establecer lo que hemos denominado el *nexo de evitación* entendido ya no como nexo de causalidad que une, de manera indisoluble e indispensable la conducta del ser humano y el resultado penalmente relevante, sino, como aquel nexo que se establece en atención a la inexistencia o falta de acción del activo y el resultado formal o material que se presenta en el mundo fáctico.⁴⁵⁰ Durante muchos años se ha venido discutiendo -en la doctrina penal- si la no-actuación del hombre puede dar origen a un resultado penalmente relevante partiendo del supuesto de que "de la nada, nada se produce o cabe esperar" pero, debe acotarse que el problema de la evitación del resultado calificado de delictivo ha vuelto a

⁴⁴⁹ Díaz de León, Marco Antonio, "Código Penal Federal con Comentarios", 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p.15.

⁴⁵⁰ Con sentido diverso, se apunta: "No habría causalidad si la omisión fuese la nada.." Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, "Derecho penal Mexicano. parte general" p. 330.

adquirir fuerza discursiva sobre todo a raíz de los nuevos planteamientos teóricos de carácter normativo que han incursionado en la doctrina penal moderna.

Además, debemos subrayar que uno de los componentes fundamentales de la trilogía del principio de causalidad lo constituye la conducta humana y puede expresarse en dos formas: como actividad o inactividad;⁴⁵¹ tocándonos —ahora— ocuparnos de la segunda forma de su manifestación y para poder explicarla se han elaborado las siguientes teorías:

1- Teoría del otro acto o del otro hacer

"LUDEN tratando de fundamentar la causalidad en los delitos de omisión,...afirma "que en cierto modo concurre siempre con la omisión, una acción positiva paralela..a la omisión. Esta es la teoría del aliud actum ('del otro hecho')"⁴⁵²

Por supuesto que fundamentar el nexo de evitación *en el otro hacer* implica atender a la otra actividad que desarrollaba el activo y no reconocer a la omisión misma, por eso:

"...le ha sido fácil a KRUG objetar que, según esto, si la madre teje medias en vez de alimentar a su pequeñuelo, la causa de la muerte de éste sería...¡el tejer calcetines!"⁴⁵³

Ese tipo de incoherencias se presentan cuando se intenta fundamentar la inactividad del hombre en una causalidad naturalística de causa-efecto

⁴⁵¹ "...Acto y omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. Ambos constituyen la acción *lato sensu*, son especies de ésta. El acto o acción *stricto sensu* es su aspecto positivo y la omisión el negativo. El acto consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de causalidad entre aquellos y éste." Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, "Código Penal Anotado", ed., Porrúa, México, 1993, p 29.

⁴⁵¹ Citado en Pavón Vasconcelos, Francisco, "Derecho penal Mexicano. parte general" p. 251.

⁴⁵² *Id.*

⁴⁵³ *Id.*

cuando de antemano se debe reconocer que en ese tipo de situaciones la causalidad no existe, pues, lo que se evidencia –*como ya lo expusimos*– es la violación del *deber* de actuar para evitar el daño o peligro a que se encuentra sometido el bien jurídico

2- Teoría de la acción precedente

Los esfuerzos para sustentar la causalidad de la omisión han continuado y

“KRUG y MÉRKÉL pretendieron encontrar el fundamento de la causalidad de éstos delitos en la acción precedente..”⁴⁵⁴ “..consiste en que, al realizar el sujeto una conducta (acción) se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida, para evitar el resultado”⁴⁵⁵

Con ésta teoría se presenta el inconveniente de intentar fundar la inactividad del hombre en un *actuar anterior* y nuevamente –*se observa*– que no se atiende a la omisión misma como productora del resultado acaecido; esa argumentación permite traer a cuenta la siguiente interrogación“..¿..como se podría afirmar, expresa oportunamente Maggiore, que una acción precedente sea causa de algo?..”⁴⁵⁶ la respuesta debe buscarse aceptando que la acción precedente no puede fundamentar la inactividad del infractor del código punitivo y no es suficiente para la producción del resultado debido a que es necesaria la no actuación del hombre para producir el resultado y ésta –*la omisión misma*– es el origen de la producción del resultado calificado de delictivo. Igualmente, debe considerarse que ese afán de buscar una causalidad en donde no existe es lo que lleva a soluciones tan poco satisfactorias.

3.- Teoría de la Interferencia

Otro de los esfuerzos tendientes a explicar la causalidad de la omisión, lo condujeron:

⁴⁵⁴ *Id.*

⁴⁵⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino, “*op. cit.*,” p. 278.

⁴⁵⁶ *Id.*

"(Von Buri, Binding y Ortoman enuncian la teoría de la interferencia. Esta teoría le da a la omisión el valor de "actividad independiente", sostienen tales autores que hay en la psique del individuo una capacidad energética impediendo pronta a evitar cualquier resultado lesivo. Cuando entre dicha fuerza psíquica, que tiende a obrar, y la acción efectiva, se interpone, a la manera de un fenómeno de interferencia, una energía contraria, causándose así el evento delictuoso, entonces surge el acto causal."⁴⁵⁷

Respecto de ésta explicación se ha objetado su preferencia *subjetiva* ya que exige al activo la aptitud de elaborar una contracorriente a su pretensión de actuar y en virtud de ello, no se realiza la actividad mandada por la norma. También, esa situación –*la actividad psíquica que despliega el sujeto para no ejecutar la acción mandada*- es muy difícil de acreditar, más aún, en el caso de la culpa inconsciente.

4.- Teoría Normativa

Ella, Sostiene:

"..la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido."⁴⁵⁸

Esa explicación nos parece poco afortunada en la parte que sostiene que existe nexo causal entre la inactividad mandada y el resultado acontecido, porque, sí lo que se reconoce es la existencia de un juicio de corte normativo no es dable afirmar causalidad de corte naturalístico donde no existe, en tanto que, es eso, lo que se pretende desentrañar –*lo normativo de la conducta humana*- siendo la inactividad –*el no hacer nada materialmente hablando*- lo que da pie al nacimiento del resultado y ello, fundamenta el *nexo de evitación*; pero, no una inactividad cualquiera, sino el no realizar la actividad mandada u ordenada por la ley, por un contrato o por un actuar precedente, que obliga al activo –*en su calidad de garante*- a

⁴⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl, "Derecho penal Mexicano. parte general" p. 332.

⁴⁵⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, "op. cit.", p. 279.

realizar la conducta para evitar el daño o peligro a que se encuentra expuesto el bien jurídico. En ese contexto, comparto la visión normativa de Porte Petit en el sentido de que la acción omitida es precisamente la exigida por la norma y si se lleva cabo –*la acción mandada*– es posible avalar que el resultado no acontece, siendo así, debido a que el garante ha cumplido con lo que la ley le ordenaba.

IX.- De la causalidad hacia el principio de la Atribuibilidad (la atribuibilidad del injusto y la atribuibilidad valorativa del acto)

Como lo venimos presentando, el principio de causalidad –*como tal*– seguirá subsistiendo⁴⁵⁹ porque es una forma aceptada para explicar el entorno de nuestra realidad; sin embargo, en el mundo normativo esa causalidad con base naturalística en algunas ocasiones no es suficiente para poder atribuir⁴⁶⁰ el resultado acaecido al activo.⁴⁶¹ De ahí que sea oportuno comentar que en algunas ocasiones la conducta desplegada por el activo no es de las que importan al derecho penal; luego, cuando se presenta un resultado en la realidad lo primero que debemos hacer es ver si esa *conducta es trascendente para la ley penal*, esto es, si existe o no alguna causa de exclusión del delito, como pudiera ser: que el hecho se realice sin la voluntad del agente,⁴⁶² en cuyo caso, tal conducta desplegada

⁴⁵⁹ “todas las acciones humanas generan efectos naturales y, por ende, en todas hay un nexo causal.” Islas de González Mañiscal, Olga *“Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida”* p. 52.

⁴⁶⁰ “Atribuir..Asignar hechos..a una persona..” *“Nuevo diccionario de Derecho penal”* Ediciones Valle, México D.F, 2003, p. 134.

⁴⁶¹ “..el derecho computa también de una manera esencial otros ingredientes que son ajenos a la pura causalidad, esto es, la valoración en función de los fines perseguidos, ínsita en toda norma jurídica y la libertad que conlleva toda acción humana, objeto de esa valoración, sea ésta positiva (aprobación) o negativa (reproche), y tales componentes están incorporados al concepto de imputación y no al de causalidad..” Julio Fierro, Guillermo, *“op. cit”* p p. 162, 163.

⁴⁶² Esta excluyente del delito, se encuentra regulada en el artículo 15 del Código Penal Federal, que a la letra dice “El delito se excluye cuando: Fracción I: “El hecho se realice sin la voluntad del agente” Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p 6. La doctrina nos dice: “La..redacción de la fracción I del artículo 15 prevé..que no hay delito cuando “el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente”, lo que quiere decir que pueden haber movimientos corporales y se pueden producir resultados penalmente relevantes, pero si en la realización de ese hecho la “voluntad” no tuvo ingerencia alguna, entonces no puede afirmarse la

de manera involuntaria no es trascendente =no es atribuible=⁴⁶³ para el orden normativo, pero, si no existe esa exclusión de la voluntad, habrá que ver si la conducta desplegada de manera voluntaria encuadra de manera perfecta con la descrita en el tipo penal y con ese propósito, analizaremos en primer término la parte objetiva del tipo donde encontraremos el *principio de causalidad* o el *nexo de evitación*, es decir, nos obligaremos a determinar si el resultado acaecido es consecuencia de una acción causal o si se actualiza el nexo de evitación -que obligaba al agente a actuar para evitar el resultado penalmente relevante- y si la conducta humana externada de manera voluntaria (y finalísticamente para el supuesto de la *teoría de la acción final*) ha dado como resultado ese cambio material o formal que prevé la ley penal; en cuyo caso, podremos sostener – validamente- que existe una ligazón entre la conducta y el resultado acontecido en la realidad; al mismo tiempo, tendremos que determinar si se encuadrará –la conducta externada- en los otros elementos integrantes de la descripción típica (normativos) y en la parte subjetiva, a los elementos subjetivos diferentes al dolo y la culpa y al dolo y culpa; con todo, podrá comprobarse que la conducta desplegada en el mundo real es la descrita por el tipo penal y estaremos en posibilidad de atribuirle el calificativo de ser típica. Hasta aquí –únicamente- hemos evidenciado a la causalidad o al nexo de evitación como uno de los varios elementos que prevé la descripción típica y aún no hemos determinado valorativamente si esa conducta típica se encuentra en colisión con el derecho y por tanto antijurídica; para ello, debemos realizar un análisis que determine si la

existencia de la conducta o acción humana y mucho menos la existencia de una conducta o acción penalmente relevante.” Moreno Hernández, Moisés, “Comentarios. Reformas al Código Penal” Criminología, año LX, No 1, México Enero- Abril, 1994, p. 21.

⁴⁶³ “Por atribuibilidad de una acción debe entenderse la constatación de que, mediante la comisión de su acción típica y antijurídica, el autor no se ha comportado en correspondencia con las exigencias del derecho. La atribuibilidad es siempre un juicio desvalorativo, pero no necesariamente también un juicio de reproche. De este modo, la atribuibilidad sólo predice literalmente que el “hecho puede ser atribuido como propio” al autor. El cómo de este “cargar a su cuenta” es una cuestión diferente” Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, “Derecho penal. parte general”, p.p. 540,541.

conducta siendo típica se encuentra exenta del amparo de alguna causa de justificación que destruya su carácter ilícito (legítima defensa,⁴⁶⁴ estado de necesidad,⁴⁶⁵ ejercicio de un derecho,⁴⁶⁶ etc.) ya que de actualizarse esa circunstancia no podrá atribuirse el resultado penalmente relevante en el tipo al ámbito de la antijuridicidad y decididamente no será posible atribuirse al activo una actuación contraria al derecho. En caso contrario - *calificada la conducta de típica y antijurídica*-⁴⁶⁷ todavía queda la posibilidad de que en el *juicio de reproche normativo puro* que realizará el juzgador al activo por la externación de su acto, en donde, habrá de determinar: si, tenía *capacidad legal*, si su *conciencia de la antijuridicidad* se encontraba intacta al momento de exteriorizar su acto y sí, le era *exigible otra conducta* a la desplegada y con esos elementos podrá instaurar el *juicio de reproche normativo* que le permitirá atribuir culpablemente al activo su acto

⁴⁶⁴ El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15, Fracción IV, Párrafo Primero, contempla a la *legítima defensa* en los términos siguientes: "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". *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 7.

⁴⁶⁵ El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15 Fracción V, contempla el *estado de necesidad*, en los términos siguientes: "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, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios legales y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo." *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 7.

⁴⁶⁶ El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las "Causas de Exclusión del Delito" artículo 15 Fracción VI, contempla el *Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber legal*, en los términos siguientes: "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro." *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 7.

⁴⁶⁷ "La responsabilidad por el hecho del autor de una acción típica-antijurídica siempre esta presente cuando la acción se halla libre de aquellos factores externos influyentes en la motivación, cuya relevancia es reconocida por el ordenamiento jurídico; ante una situación normal de aquellas, el derecho penal deduce la posibilidad del autor por el resultado de una formación atribuible de su voluntad, por su responsabilidad por el hecho que ahora aparece como obra de su voluntad..solo las causales de exclusión de la responsabilidad constituyen un motivo para un examen especial de su responsabilidad por el hecho en el caso concreto.." Maurach Reinhart, Zipf Heinz, "*Derecho penal. parte general*" p. 545.

calificado como delictivo, pues, pudiendo⁴⁶⁸ actuar en diversa forma a como lo hizo opto por la violación del derecho. De esa manera, se logra fundamentar la reacción punitiva del Estado, puesto que:

“La culpabilidad, *sensu stricto*, acarrea la pena, que es, ante todo, retribución, aunque tenga fines resocializadores frente al delincuente, e intimidación, en funciones de prevención general, para los demás”⁴⁶⁹

En sentido inverso, si nos enfrentamos a la existencia de una *causa de inculpabilidad*: no se tiene capacidad legal,⁴⁷⁰ se presenta un error de prohibición,⁴⁷¹ o no le era exigible actuar en diversa forma como lo hizo,⁴⁷² el juicio de reproche no podrá atribuírsele al activo del delito y su conducta

⁴⁶⁸ ..en la Escuela Clásica la causa del delito es la maldad del hombre. CARRARA, su máximo exponente, afirmaba que la responsabilidad del sujeto se funda en el libre albedrío; el hombre delincuente debe ser sancionado en virtud de que siendo del todo consciente de la diferencia existente entre el bien y el mal, libremente ha escogido su conducta delictiva;..” Pavón Vasconcelos, Francisco, “*La causalidad en el delito*” p. 37.

⁴⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luis, “*Tratado de Derecho Penal*” Tomo V, Cuarta Edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina 1983, p. 30.

⁴⁷⁰ Esta causa de exclusión del delito la encontramos regulada en el Artículo 15, fracción VII del Código Penal Federal, que establece: “Artículo 15. El delito se excluye cuando: VII. 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,..” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p 7. En relación con esta excluyente del delito, el Código Penal Federal en su artículo 69 Bis, nos dice: “..Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de éste Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido..” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 27.

⁴⁷¹ Esta excluyente, se encuentra en el artículo 15 del Código Penal Federal, Fracción VIII: “Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible”, en el inciso b). “Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará lo dispuesto por el artículo 66 de este código;” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p 7. El artículo 66 nos dice: “En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p p. 25,26.

⁴⁷² El Código Penal Federal, en su capítulo IV, relativo a las “Causas de Exclusión del Delito” artículo 15 Fracción IX, contempla la no exigibilidad de otra conducta, en los términos siguientes: “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,” *Código Penal Federal*, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 7.

siendo típica y antijurídica no será culpable. En ese sentido – consideramos- que también se pronuncia Maurach, cuando afirma:

“La mera responsabilidad por el hecho no puede desencadenar por sí sola ninguna de las reacciones propias del derecho penal..sí a la responsabilidad por el hecho (caso general) se agrega la culpabilidad, el hecho del responsable se transforma en un delito y desencadena la pena,..”⁴⁷³

Lo hasta aquí expresado nos permite sostener que el *principio de la atribuibilidad* que manejamos supera al principio de causalidad y de evitación como integrantes de la parte objetiva del tipo y adquiere una mayor extensión cuando se propone su aplicación en todos y cada uno de los elementos de lo que la doctrina ha definido como delito –*acción, típica, antijurídica y culpable*-⁴⁷⁴ acotada por los fines político-criminales que sustenta la reacción punitiva.

X.- ¿Hacia un sistema de imputación objetiva en el sistema penal federal?

Como ha quedado evidenciado a lo largo de este trabajo el problema de la causalidad dentro de la teoría del tipo se ha constituido en uno de los problemas mas discutidos en la doctrina penal moderna; tal es su importancia que la teoría de la imputación objetiva busca establecer que la causalidad ya no es suficiente como criterio definidor del momento en que un resultado penalmente relevante se le pueda cargar en la cuenta de alguien como obra suya y pretende introducir –*no sin agrias discusiones y acertados cuestionamientos*- criterios normativos que vengán a resolver esa problemática. Para nosotros, resulta relevante determinar, que los problemas de causalidad –*o si se prefiere, de imputación*- se constituyen

⁴⁷³ Maurach, Reinhart; Zipf Heinz, “*Derecho penal. parte general*”, p p. 545, 546.

⁴⁷⁴ “Algunos autores de lengua alemana..han creído en el indeclinable tranca de modificar nada menos que la doctrina de la culpabilidad,..En verdad no debemos demoler un edificio tan cuidadosamente levantado, sino que ha de dejarse intacto.” *Ibid.* p. 30.

en dificultades de significativa importancia, sobre todo, si se toma en cuenta que en nuestros días la constitución ha reintroducido en los artículos 16 y 19 como requisitos para *el ejercicio de la acción penal, el libramiento de una orden de aprehensión*⁴⁷⁵ o *el dictado de un auto de formal prisión*, el término “CUERPO DEL DELITO” y la legislación procesal penal federal⁴⁷⁶ ha establecido, que éste, se integra por los elementos objetivos y en su caso *-sí el tipo los requiere-* por los normativos: eso, nos obliga a explicar lo que debe de entenderse por elementos objetivos y en su caso aclarar lo que se entiende por elementos normativos.

1.- Elementos objetivos

Para explicar los elementos que contiene una descripción típica es necesario tener presentes algunos conceptos jurídicos que de manera general nos permitan realizar nuestro propósito, así, por *elementos objetivos*, se entienden todos aquellos elementos perceptibles por nuestros sentidos. Jiménez de Asúa, respecto de ellos, escribe:

“La ley, al definir los delitos; es decir, al establecer los tipos legales, se limita a menudo a dar una mera *descripción objetiva*.[...]La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal; *matar, apropiarse, etc.*”⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ El párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución General de la República expresa: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Sista, p. 7.

⁴⁷⁶ El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica los requiera. La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.” *Código Federal de Procedimientos Penales*, Editorial Sista, México 1999, p p. 40, 41.

⁴⁷⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho penal, La ley y el delito* p. 253.

Lo antepuesto, nos permite observar que toda descripción típica contiene una conducta humana⁴⁷⁸ que por ser prohibida o mandada por el Estado adquiere para el ciudadano una importancia fundamental porque se tiene la obligación de su acatamiento o el imperativo de su exteriorización; en caso contrario *-esa acción u omisión-* adquieren relevancia en el ámbito penal. En esencia, es inevitable acudir al verbo rector contenido en el tipo penal y con ello no solamente se evidenciará la conducta descrita sino también podremos delinear uno de los elementos más importantes de la llamada parte objetiva del tipo. La doctrina ha identificado por *elementos objetivos*:

"..Sujeto activo. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como "el que" o "quien"⁴⁷⁹

"El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es, por ende, el elemento del tipo en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad."⁴⁸⁰

"Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo"⁴⁸¹

"..resultado (daño) producido o la potencialidad de causarlo (peligro), que también es resultado porque produce un cambio en el mundo psíquico externo."⁴⁸²

"..para que el resultado pueda incriminarse, precisa existir un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido"⁴⁸³

Del mismo modo, existen casos en que el legislador *-en la descripción típica-* ha determinado con toda precisión que la acción calificada como

⁴⁷⁸ "En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (*acción u omisión*), que constituye el núcleo del tipo, su elemento mas importante. Cuando el tipo solo exige la realización sin más de la acción estamos ante los *delitos de mera actividad* (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de *mera inactividad* (omisión pura). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (*delitos de resultado*).." Muñoz Conde, Francisco, "Teoría general del delito", 2ª Edición, ed., Temis, Santa Fe Bogotá, Colombia, 1999, p. 38.

⁴⁷⁹ Muñoz Conde, Francisco, "Teoría general del delito" p 37.

⁴⁸⁰ Islas de González Mariscal, Olga, "Análisis lógico de los delitos contra la vida" p. 43.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p 45.

⁴⁸² Márquez Piñero, Rafael "Derecho penal. Parte general" p. 173.

⁴⁸³ *Id.*

delictiva únicamente puede ser llevada a cabo por un grupo determinado de personas y no por la generalidad; esto es, en algunos tipos se exige la calidad de ser "servidor público" o ser "casta" y "honesta"; determinadas condiciones de "temporalidad", de "ocasión", de "modo", etc. Es decir:

"..el tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio"⁴⁸⁴

En ese sentido, se han reconocido como *modalidades de la acción*:

"En cuanto al sujeto activo, el tipo exige; en determinadas ocasiones, una concreta calidad en el agente; por ejemplo, funcionario militar en los delitos de orden castrense, peculado en el servidor público, abuso de autoridad en los agentes de la misma;..."⁴⁸⁵

"A un determinado *sujeto pasivo* se refieren otros artículos de los Códigos penales;[...]los funcionarios públicos o autoridades, los ascendientes o cónyuges; la niña menor de doce años en ciertas clases de violación; la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y el aborto; los parientes dentro del grado consanguíneo en el homicidio calificado; el niño recién nacido en el infanticidio, etc."⁴⁸⁶

"En cuanto al tiempo, el artículo 123 fracción XV, requiere que sea declarada la guerra o rotas las hostilidades, en tanto que el artículo 325 exige que en el infanticidio, la muerte del niño deberá ocurrir dentro de las 72 horas de su nacimiento."⁴⁸⁷

"En cuanto al lugar, el artículo 286 establece que el delito deberá cometerse en despoblado o en paraje solitario, a la vez que el artículo 381 bis exige el requisito de que el ilícito se cometa en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación."⁴⁸⁸

"En otros tipos se alude a las *ocasiones*; hallándose reunidas las corporaciones a las que el vilipendio se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de peligro para un mayor número de gentes, o calamidades o desastres públicos, abuso de confianza o calamidad o miseria en el hurto, etc."⁴⁸⁹

"A un determinado *objeto* aluden ciertos tipos de los Códigos; cosas destinadas al culto; cadáver, el objeto mueble en el hurto, etc."⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Jiménez de Asúa, Luis, "Principios de Derecho penal, La ley y el delito" p. 253.

⁴⁸⁵ Márquez Piñero, Rafael "Derecho penal. Parte general" p 225.

⁴⁸⁶ Jiménez de Asúa, Luis, "Principios de Derecho penal, La ley y el delito" p. 254.

⁴⁸⁷ Márquez Piñero, Rafael "Derecho penal. Parte general" p 225.

⁴⁸⁸ *Id*

⁴⁸⁹ Jiménez de Asúa, Luis, "Principios de Derecho penal, La ley y el delito" p. 254.

⁴⁹⁰ *Id*

2.- Toma de postura respecto a la propuesta normativa de la Teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la teoría del tipo para el Sistema de Justicia Penal Federal

Ya hemos mencionado que es en los elementos objetivos del tipo donde se analiza la conducta humana, el resultado y el nexo de causalidad que une de manera indisoluble a la actuación del hombre con el cambio provocado en el mundo fáctico y ante las evidentes inconsistencias de este postulado vale la pena delinear nuestra posición para determinar si los criterios normativos que viene sustentando la teoría de la imputación objetiva son procedentes *-en el ámbito de la teoría del tipo penal-* para el sistema de justicia penal federal. Antes de retomar sus postulados *-si bien no todos, pues, ya fueron esbozados en el segundo capítulo de este trabajo-*, debemos dejar previamente asentado que esos criterios de análisis de la conducta de corte normativo son motivo de acalorados debates doctrinarios y que por el momento *aún no hay unanimidad de criterios definitorios* en ese terreno. Con base en lo anterior, entremos al estudio de sus particularidades para determinar su viabilidad o in-viabilidad en nuestro sistema penal federal

2.1.- La exclusión de la Imputación en supuestos de:

2.1.1.- Disminución del riesgo

Ya hemos dicho que en este supuesto se examinan aquellos casos en que *el activo busca disminuir* el peligro a que se hallaba expuesto el pasivo. Un ejemplo puede ayudarnos a entender esa situación; pensemos en aquel trabajador de la construcción que al estar preparándose para levantar un bulto de cemento se ve de pronto en peligro de que una carga de tabique le caiga encima por que el movimiento que hace otro trabajador con una maquina para cambiar de lugar esa carga necesariamente hace que se traslade por encima de su cabeza; el activo, se percata de esa situación y empuja al trabajador *-que pretendía levantar el saco de cemento y que se*

ve inmerso en ese peligro- y cae fuera del área de impacto de la carga de ladrillos, pero al caer se fractura un brazo y se luxa un tobillo. Siguiendo la postura de la teoría de la imputación objetiva en los casos de disminución del riesgo, el caso que antecede encuentra solución en el ámbito objetivo del tipo, porque, si bien, el activo empujó al pasivo y este se fracturó un brazo y sufrió una luxación de tobillo, también lo es, que lo hizo disminuyendo el peligro de perder la vida a que se encontraba sometido el pasivo de haberle caído la carga de ladrillos que se encontraba suspendida sobre su cabeza. Otra solución, consiste en sostener que el activo actúa amparado por una causa de justificación -estado de necesidad justificante-, que justifica la lesión de un bien de igual o menor valía de la que se pretendía salvar y es evidente que el salvar la vida de una persona es más importante que lesionarle por lo que esta excluyente se actualiza en el caso citado. Sin embargo, para los seguidores del criterio de la disminución del riesgo no aceptan esa solución debido a que consideran que de reconocérsele tendría que afirmarse que la conducta del activo se ha adecuado al tipo y eso es precisamente lo que no acontece puesto que el legislador no ha buscado prohibir las conductas que disminuyen el peligro a que están sometidos los bienes jurídicos. Esa respuesta, parece satisfactoria, aunque, no adolece de fallas, puesto que para saber si la conducta del activo es penalmente relevante tendríamos que determinar si éste ha visto que la carga de ladrillos no le va impactar al pasivo y con el propósito de que el pasivo sufra por lo menos lesiones lo empuja de tal manera que éstas se producen; lo que estamos tratando de advertir es que para encuadrar la conducta del activo en el tipo es necesario atender a la intención con que el activo desplegó su actuar; qué es lo que el activo quería hacer al empujar al pasivo y una de esas posibles respuestas es que quizás el activo se percató que el pasivo no será dañado por la carga de ladrillos y decide empujarlo para provocarle las lesiones que presento;

expuestas las cosas así, el problema se convierte en tema de la parte subjetiva del tipo y no de la parte objetiva.

Como lo hemos evidenciado, éste primer criterio "*de la disminución del riesgo como criterio de exclusión de la imputación del resultado*" aún se encuentra en plena convulsión discursiva y hasta que no se encuentre una solución plenamente satisfactoria, *no se puede proponer su total integración en el ámbito penal federal* porque si se atiende al terreno subjetivo del tipo las soluciones a que se llegan son diferentes e incluso contradictoria con la sustentada en el contorno de la parte objetiva del tipo. Mas aún, no se trata de un criterio de imputación objetiva del resultado sino de la determinación de una conducta dolosa típica.

2.1.2.- Si falta la creación del peligro

Con este criterio se procura dar respuesta a aquellos casos en que el activo con su acción ha modificado el mundo exterior, pero, ese resultado, no genera imputación debido a que la *acción no es peligrosa* y por eso, el resultado así producido no puede serle imputado al activo como su obra. Retomemos el ejemplo –*ya citado en el segundo capítulo de éste trabajo*– del sobrino que obsequia un boleto de avión al tío con el *deseo* de que éste al viajar sufra un accidente y muera para que pueda heredarlo; su deseo se cumple y el tío muere. Aquí, no es dable imputar la muerte del tío al sobrino porque el *hecho de regalar un boleto de avión* no es una conducta generadora del riesgo de muerte para el tío y porque el activo aunque desea o tiene la esperanza que se produzca el resultado *no tiene el control de la causalidad desencadenante del cambio fáctico*; no tiene el control del medio para lograrlo; por eso, el regalar un boleto de avión no puede ser imputado como conducta penalmente relevante. En esencia, son

conductas no peligrosas o que no crean riesgo y por eso irrelevantes para el Derecho penal.

2.1.3.- La exclusión del riesgo en caso de cursos causales hipotéticos

El recurrir a los *cursos causales hipotéticos* para excluir el riesgo, es un tema muy controversial en la doctrina penal; dado que en algunas ocasiones resulta muy difícil establecer con precisión el hecho acaecido y más aún, rehacer lo que no ha sucedido y cavilar con relación a lo que hubiese acontecido si esto o aquello se hubiere realizado o dejado de hacer. A pesar de eso, se arguye que se puede lograr la exclusión de la imputación y por ende del riesgo creado cuando se puede *suponer realizada la conducta mandada* y el resultado *de todas formas* hubiere acontecido; es decir, el resultado es inevitable. Así, quien siendo salvavidas y no realiza la maniobra de salvamento resultando el pasivo muerto, para determinar sobre la imputación de su omisión, habrá que representarse hipotéticamente si la maniobra omitida, de haberse realizado hubiera evitado el resultado y en caso de probarse que eso era imposible entonces no le es imputable el resultado muerte.

En nuestra legislación para la imputación de la omisión se ha echado mano de la causalidad hipotética y del principio de evitabilidad. Precisamente, eso, se aprecia en el artículo 7º Párrafo segundo del Código Penal Federal:

“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”⁴⁹¹

⁴⁹¹ Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002, p. 3.

De ahí se deriva aquella posición que pretende conectar causalmente la omisión con el resultado penalmente relevante, situación que a todas luces es incorrecta, pues, en realidad, no existe causalidad naturalística entre omisión y resultado lo que en realidad trasciende en el mundo del derecho es la violación a un mandato de una norma que imponía el deber de actuar para evitar el daño o peligro a esta sometido el bien jurídico y esa exigencia se deriva de la *calidad de garante* que le impone de la *ley, el contrato o el actuar precedente*. Por lo tanto, es innecesaria la adopción de este principio en nuestro sistema de justicia penal.

2.1.4.- En supuestos de riesgo permitido

Con él, se atienden aquellos eventos en que el activo –*con su actuación*– aumenta el riesgo de dañar bienes jurídicos, pero, no se sancionan, en virtud, de ser calificados de permitidos, debido al *cumplimiento de los requerimientos de previsión y de cuidado que para tales actividades se establecen*. Entre los ejemplos más comunes tenemos: la *conducción de vehículos*, el *tráfico aéreo*, marítimo, el *funcionamiento de instalaciones industriales* que representan un peligro, los *deportes peligrosos* (lucha libre, fútbol, etc.) el *ejercicio de la medicina* de acuerdo a los principios de la *lex artis*, etc.

Lo anterior evidencia el hecho de que la actividad deportiva se encuentra amparada por éste criterio normativo de exclusión de la imputación, sin embargo, en la actualidad –*en la legislación penal federal*– se le considera impune, porque, opera en su favor una *causa de justificación*, lo que parece incorrecto, ya que, siendo así, tendríamos que concluir que esa actividad sería típica y eso es lo que se critica. Por lo tanto, puede alegarse que si bien podemos considerar a esa actividad

como peligrosa, también, puede considerarse permitida y por eso el tipo objetivo resuelve de mejor manera esa clase de problemas.

Me parece, que éste es un criterio que debe seguirse discutiendo para precisar si estamos ante un criterio de exclusión de imputación de la conducta o estamos ante una ausencia de tipo debido a que el legislador no ha prohibido este tipo de conductas y por ende no pudiera establecerse como causa de atipicidad de la parte objetiva del tipo ya que ni siquiera existe tipo que la describa como conducta prohibida. Eso, nos enfrenta a la existencia de una conducta penalmente irrelevante. A mayor abundamiento, si se aceptara este criterio del riesgo permitido como eficaz para excluir la imputación del resultado en la parte objetiva del tipo tendríamos que decir que todas aquellas conductas que por representar un riesgo han sido reguladas para que en su realización se adopten las diversas medidas de precaución y de cuidado que eviten el peligro o lesión de bienes jurídicos y autorizadas por el Estado requieren de su exclusión de la parte objetiva del tipo, cuando en realidad, lo que sucede es que no se ubican ahí, porque cuentan con la autorización del legislador para su realización, es decir, no están enfrentadas o en colisión con el derecho y por tanto no requieren ser reguladas en el tipo por que este cuando se integra plenamente no es sino un indicio de la antijuridicidad y después se requiere de un juicio valorativo para ver si la conducta es antijurídica y si ya se encuentra autorizada y regulada no es necesaria su inclusión en la parte objetiva del tipo.

2.2.- La exclusión de la Imputación en supuestos de:

2.2.1.- Falta de realización del peligro

Con este criterio se aspira a agrupar los casos en que la acción ha creado el riesgo para el bien jurídicamente protegido, pero, el resultado, no se puede atribuir a la creación de ese riesgo, sino, a un *curso excepcional e*

imprevisible y por eso, no es obra del activo. Con este razonamiento se resuelve el caso –frecuentemente utilizado en la doctrina penal- de quien hiere al pasivo, pero éste, muere debido a un incendio en el hospital. La teoría de la acción final resuelve este caso negando el dolo debido a que el curso causal era distinto al representado por el activo. En verdad, creemos que estamos ante nuevos cursos causales que provocan el resultado que –quizás-⁴⁹² el activo se representó o hacia los cuales habría encaminado su actuación pero en los que el resultado no se imputa al primer actuante sino a quien ha llevado a cabo el curso causal excepcional. Es claro –entonces- que al primer interviniente se le sancionará por lesiones –e incluso lesiones que ponen en peligro la vida- y si se acredita la intención de privar de la vida por tentativa de homicidio y al segundo –quien ejecuta el llamado curso causal excepcional- por delito consumado.

2.2.2.- Falta de realización del riesgo

En la ejecución de las diversas actividades que desarrollamos existen determinadas acciones que por representar riesgo de lesión o daño de bienes jurídicos han sido debidamente reguladas y por eso para su exteriorización se impone el cumplimiento de esos deberes. De ahí que *si esos deberes no son observados y se crea o eleva el riesgo de daño o lesión, pero, además, la realización de ese riesgo, de igual manera se hubiese presentado* aunque el autor hubiese observado las medidas de precaución y de cuidado que se le imponían no es dable imputarle la realización del riesgo. El ejemplo que nos proporciona Roxín –que ya fue citado- es el caso de los *pelos de cabra china* que se les dieron a los trabajadores sin desinfectar y que ocasionó la muerte de cuatro de las

⁴⁹² Cuando hablo del “quizás” lo que en realidad quiero dejar asentado es que es muy probable que el activo que infiere la lesión en el cuerpo del pasivo quiera provocarle la muerte e incluso le propine la herida con esa intención, pero el pasivo no muere por la herida infirida, sino por el incendio en el hospital. Lo que determina que –de probarse el dolo del activo- debe sancionársele con tentativa de homicidio y no con la pena de homicidio consumado.

trabajadoras. Mas tarde, se demuestra que aunque se hubiesen llevado a cabo las medidas de desinfección que en ese momento se aconsejaban para este tipo de casos, eso, hubiese sido infructuoso, porque la desinfección no habría cumplido con su cometido y el resultado se hubiese presentado de todas formas. De tal manera, que la sanción se impone por el incumplimiento de un deber *-que de haberse satisfecho-* de todas formas resultaría infructuoso para el resultado acaecido. En definitiva, nos encontramos frente a una conducta calificada de negligente debido a que no se tomaron las medidas de previsión y de cuidado que para el caso eran recomendables, pero, esa negligencia es *irrelevante*, debido a que no existía desinfectante eficaz y por eso el resultado muerte de las trabajadoras no le es imputable al activo.

2.2.3.- Resultados que no se ubican dentro del fin de protección de la norma de cuidado

Aquí, se pretenden solucionar los casos en que el activo ha violado un deber de cuidado impuesto por la norma y esa trasgresión es la que realizó el peligro o lesión del bien jurídico; a pesar de eso, no se le imputa al activo debido a que *el resultado no es de los que la norma penal pretendía evitar.* Aunque *-por otra parte-* se debe determinar si la actuación de la víctima fue en ese tenor, o si por el contrario, fue de tal magnitud e importancia que ha sido determinante para la realización del resultado y éste *-el resultado-* es de los que la norma no protege. De los ejemplos que se mencionan con mayor insistencia puede mencionarse aquel en que el activo *-de manera descuidada-* ha dejado al alcance de un suicida depresivo una pistola que éste último toma en sus manos y la acciona contra su persona logrando el resultado fatal. Ese criterio, *nos enfrenta nuevamente a la existencia de una conducta penalmente irrelevante*, pues, es evidente, que quien atenta

contra sus propios bienes jurídicamente protegidos y estando facultado para disponer de ellos no puede esperar que se finque responsabilidad en alguien ajeno a él mismo.

2.2.4.- Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo

Con él, se busca dar solución a aquellos supuestos en que el activo ha creado el riesgo de peligro o de lesión de bienes jurídicos y ese riesgo se ha materializado en el resultado, no obstante, lo que se pretende averiguar es *-si con la actuación debida, si cumpliendo las medidas de precaución y de cuidado que eran exigibles- "probable o posiblemente" el resultado se habría evitado*. Esa explicación, resulta criticable, debido a que si ya de por sí es difícil resolver lo realmente acontecido también se busca resolver lo que habría sucedido si se hubiera actuado de una o de otra forma (*se busca determinar lo que no ha ocurrido*); además, con esa pretensión, se viola el principio procesal *In dubio pro reo*. En consecuencia, consideramos que debe seguir vigente el principio de que se aplique *"lo que más le beneficié al reo"* y por ende, somos contrarios a aquello que lo restrinja

2.3.- Ámbito de protección del tipo (alcance del tipo)

A partir de él, se procura dar respuesta aquellos casos en que se ha creado o elevado el riesgo y el resultado es consecuencia de ello; con todo, ese resultado no se encuentra dentro de su ámbito de protección. Roxín, al abordar el análisis de *la cooperación en una auto-puesta en peligro dolosa, la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno*, viene abriendo un campo de estudio poco explorado. Así, se considera que la

violación del principio de la auto-protección de la víctima puede generar consecuencias en el ámbito penal al sostener que los resultados acaecidos *-de esa manera-* no son de los que la norma pretende impedir: Roxin, nos proporciona el ejemplo de aquel sujeto que conociendo el peligro de inyectarse heroína, la acepta de otro sujeto y se inyecta y muere.⁴⁹³ Con ese criterio, también se resolvió el supuesto que se presenta cuando en el espacio de actuación de la víctima interviene *-aceptada por ésta-* un tercero.

"En Alemania se juzgó a comienzos de siglo a un hombre que trabajaba como balseiro en el río Memel, transportando pasajeros y carga de una a otra orilla; en cierta oportunidad, en medio de una fuerte tormenta que había hecho crecer peligrosamente el caudal del río, dos personas le solicitaron sus servicios para ser transportados a la otra orilla, ante lo cual fueron advertidos por el balseiro sobre la peligrosidad que una travesía en esas condiciones suponía; como los pasajeros insistiesen en afrontar el riesgo, el balseiro emprendió la travesía con nefastas consecuencias, pues la embarcación zozobró, y los dos pasajeros perecieron..⁴⁹⁴

Aquí, debemos analizar si la conducta del tercero ha sido con la aprobación consiente y voluntaria de la víctima y por eso impune o si el resultado *=lesión o peligro a que han sido expuestos los bienes jurídicamente tutelados del pasivo-* se puede imputar al ámbito de responsabilidad ajeno:

"..A conduce un coche remolque, el cual carece de la adecuada iluminación. Este es parado por la policía, que acepta guiarle hasta la próxima gasolinera donde proceder a la reparación. Antes de iniciar la marcha el policía retira la linterna con la que iluminaba el remolque mientras duraba la conversación. Momento en el que un coche choca con el remolque..⁴⁹⁵

Nosotros nos manifestamos convencidos de que el Derecho penal en el caso de la víctima, no puede intervenir, cuando ésta, de manera libre y voluntaria decide violentar su ámbito de auto-protección (quien de manera

⁴⁹³ Ejemplo consultable en Roxin, Claus, "Derecho penal parte general." p 389.

⁴⁹⁴ Reyes Alvarado, Yesid, "op. cit.," p.178.

⁴⁹⁵ Laurarí, Elena; Bustos Ramírez, Juan, "op. cit.," p p.105,106. Aquí *-se afirma-*, la responsabilidad entra en el ámbito de competencia del policía y por eso no se le puede imputar el resultado al dueño del remolque.

voluntaria, libre y sabiendo las consecuencias de su acción, decide no permitir el desempeño del médico dentro del ámbito de la *lex artis* y muere) o que permite –también de manera libre y consciente– que un tercero lo ponga en peligro (*aquel que decide transportarse en avión cuando las condiciones, meteorológicas no son seguras para hacerlo*) no puede solicitar la protección penal. En verdad, esos esfuerzos teóricos pretenden reintegrarle la importancia de la que se le privó al papel de la víctima⁴⁹⁶ en el desarrollo de la dogmática penal de nuestro tiempo y llaman la atención hacia un campo poco estudiado que –estamos ciertos– abrirá un cauce de investigación futura muy fructífero.

3.- Elementos normativos

Por éstos, debemos entender aquellos ejercicios intelectivos que el juzgador deberá realizar para poder encuadrar la conducta exteriorizada en el mundo fáctico con la descrita por la norma penal y ello se debe a que en ocasiones la tipicidad implica atender a algunos elementos que sin ser perceptibles por los sentidos requieren un razonamiento de corte *cultural o legal* (*Ajeneidad, Castidad, Honestidad, etc.*) que nos permita comprender si en el momento de la exteriorización de la conducta se colma esa exigencia del tipo. Roxin –siguiendo a Engisch– afirma:

“..es recomendable calificar como normativos..solo a aquellos elementos “que solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma”. Entonces términos como “ajeno”, “buenas costumbres”, “reprobable”, “documento”, “injuria”, etc., serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales..”⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ En nuestro país, recientemente se han fortalecido los derechos de la víctima en el ámbito procesal penal, para comprobar lo anterior, simplemente habría que consultar el Artículo 20, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el CAPÍTULO I BIS “De las víctimas o los ofendidos por algún delito”, ARTÍCULO 9º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

⁴⁹⁷ Roxin Claus, “Derecho penal. parte general” p. 307.

4.- Elementos Subjetivos

Se han entendido como la *aptitud psicológica* que el activo mantiene en el momento de la realización de la conducta prohibida o mandada; Roxin, escribe:

“La teoría de la objetividad del tipo se vio pronto conmovida. H. A Fischer, Hegler, Max Ernest Mayer y Mezger descubrieron que en muchos casos, no ya la culpabilidad, sino ya el injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor -o sea, de momentos subjetivos intranímicos...Acciones sexuales...no son tales si no son llevadas por una tendencia subjetivo-lúbrica. E igualmente sucede que la sustracción de cosas ajenas y la producción de un perjuicio patrimonial provocando un error, pero sin ánimo de apropiación antijurídica o de lucro, precisamente no concuerdan con el tipo delictivo en el que se basan..de este modo, la teoría de los elementos subjetivos del tipo ya se había impuesto hacia 1930... hoy es absolutamente indiscutida en Derecho Alemán”⁴⁹⁸

4.1.- La inversión de la carga de la prueba en el caso de los Elementos Subjetivos

Otro problema que llama la atención y que adquiere especial relevancia para ésta investigación, lo constituye la actuación del hombre que de acuerdo a nuestra legislación se exterioriza de manera dolosa o culposa; así, lo expresan los contenidos de los artículos 8º y 9º del Código Penal Federal que a la letra establecen:

“ARTICULO 8.-Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. ARTICULO: 9.-Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no sucedería, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ *Ibid.* p. 280.

⁴⁹⁹ Colección Penal “Código Penal Federal”, Cuarta Edición, Ediciones Delma, Mexico 2000, p. 3.

Al relacionar esos contenidos con el requerimiento procesal prevista en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que exige – como base del ejercicio de la acción penal- el acreditamiento de la probable responsabilidad del activo que se “tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo..” podemos indicar que lo que en realidad se esta pidiendo es probar la actuación humana que el código sustantivo describe; pese a ello, el Artículo 134, parece *dispensar* esta carga probatoria al expresar:

“..En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea. No obstante lo dispuesto en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el Juegador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.”⁵⁰⁰

Haciéndose evidente que si por una parte se exige acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado en términos del artículo 168, por la otra, se establece claramente que se ejercitará la acción penal ante los tribunales “..,sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera,” con eso, se le releva de su plena comprobación y se aprecia una contradicción entre ambas disposiciones legales, pero, en realidad, cabría preguntarse: ¿se debe acreditar o no la forma de realización de la conducta dolosa o culposa y los elementos

⁵⁰⁰ Legislación Penal Procesal, “Código Federal de Procedimientos Penales”, Editorial Sista, p. 30.

subjetivos diferentes al dolo y la culpa? La respuesta es afirmativa, no obstante, en el artículo 134 se invierte la carga de la prueba al preverse que será el probable responsable *-ante el Ministerio Público o ante el Juzgador-* quien tendrá el derecho de acreditar la inexistencia de los elementos subjetivos del injusto.⁵⁰¹ Esa situación, provoca que existan un mayor número de consignaciones; que el número de procesados aumente y tratándose de delitos graves, el aumento de la poblacional carcelaria y también los problemas que ello implica. Además, se evidencia que las exigencias probatorias a la representación social se han reducido; que la acreditación de los elementos subjetivos del injusto no es más una carga probatoria para el ministerio público y que esa carga ahora pesa en los hombros del probable responsable. No cabe duda de que el principio de legalidad pierde terreno ante esta realidad procesal.

Por otra parte, se percibe que al vincular esos contenidos con la estructura del tipo penal de corte finalista podremos decir que para afectar el ámbito de libertad del gobernado únicamente se requiere acreditar los elementos objetivos y normativos, lo que, de entrada, nos permite ver una reducción de las exigencias probatorias a la autoridad *-si la comparamos con el anterior concepto de "elementos del tipo penal"-* en un terreno tan sensible como es la libertad de los ciudadanos y que nos hace percibir una tendencia hacia el debilitamiento de las garantías constitucionales del gobernado.

⁵⁰¹ El artículo 15 del Código Penal Federal establece como excluyente del delito el que "se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito que se trate;" *Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal*, Ediciones Delma, México 2001, p. 4.

XI.- Comentario final

A lo largo de este trabajo hemos dado cuenta de la endeble posición de la teoría de la imputación objetiva y hemos establecido que muchos de los supuestos que pretende resolver encuentran una solución satisfactoria desde el punto de vista de la doctrina de la acción final y que incluso —*en clara contradicción con su fundamento objetivo*— acepta la inclusión del dolo en el tipo (*realización del plan*); haciéndose indiscutible, en consecuencia, que quién acepta el dolo en el tipo no puede renunciar a reconocer en el fondo su inclinación hacia la estructura de la acción final. Por esa razón, no es válido aceptar que el derecho penal mexicano —*en su ámbito federal*— pueda transitar hacia un modelo de imputación objetiva porque introduce un sistema de inseguridad jurídica para el gobernado; donde la aplicación del derecho pierde certeza jurídica y se deja a criterio del juzgador la posibilidad de establecer responsabilidad en el ciudadano y se ponen en el centro de la discusión los derechos fundamentales de las personas como el criterio del *in dubio pro reo*, *la presunción de inocencia*, etc. El fundamento de mi posición encuentra sustento en el hecho indiscutible de que el Estado Mexicano transita hacia los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra constitución y en que su legislación secundaria ha aceptado paulatinamente criterios garantísticos de la libertad del gobernado:⁵⁰² como el derecho a una defensa adecuada,

⁵⁰²...el mencionado Código Penal de 1931 ha sufrido en los últimos quince años importantes modificaciones que han afectado directamente su original orientación filosófica y política y la han acercado más a la ideología constitucional...como se desprende de las reformas experimentadas en 1984 y 1994. En efecto, con las mencionadas reformas se ha logrado paulatinamente: a) erradicar el "principio de intencionalidad" (artículo 9º original), dando entrada al principio de "presunción de inocencia"; b) desechar el criterio de la *ignotrantia legis non excusat* y del *error iuris nocet*; c) se regula por primera vez, como consecuencia de lo anterior, el "error" como causa de exclusión o de atenuación, del trabajo a favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad; e) se excluye la regulación de la retención, así como la reincidencia como causa de agravación de la pena; f) se regula el "principio de culpabilidad" como criterio determinante para la individualización judicial de la pena, desechándose el de la "peligrosidad" o "temibilidad" del sujeto (artículos 52 y 12); g) se establecen las bases para la punición de la "omisión impropia" (artículo 7º), reforzándose con ello la observancia formal del principio de legalidad; h) se precisan los alcances y requisitos de la "conducta dolosa" y "culposa" (artículo 9º), derivándose de ello mayor

de audiencia, de legalidad, de la presunción de inocencia (*aunque no de manera expresa*), el principio de culpabilidad, etc., no obstante, debe advertirse que últimamente el Estado ha introducido criterios que debilitan esa orientación⁵⁰³ como puede percibirse en el aumento excesivo de penas, la improcedencia de la libertad bajo caución en caso de delito grave, la reducción de requisitos procesales para la consignación, libramiento de una orden de aprehensión o el dictado de un auto de formal prisión, etc, lo que nos permite apreciar el peligro de la introducción creciente de criterios anti-garantísticos de la libertad del gobernado.

seguridad jurídica; i) se precisa la regulación de la "tentativa punible" y se prevén los casos de tentativa "no punible" por razón del "desistimiento" y del "arrepentimiento activo" (artículo 12); j) se logra mayor precisión en las formulas de la "autoría y participación" y se plasma el principio de que "cada uno de los intervinientes responderá en la medida de su propia culpabilidad (artículo 13); k) se introducen en el catalogo de excluyentes nuevas "causas de exclusión del delito", como es el caso de la "falta de los elementos del tipo penal", el "consentimiento del ofendido o del legitimado para otorgarlo", el "error de tipo" y el "error de prohibición", así como la "no exigibilidad de otra conducta (artículo 15); l) en observancia a los principios de "bien jurídico" y de "intervención mínima" o de *última ratio*, se ha experimentado un proceso de descriminalización y despenalización de ciertas conductas (p. Ej: injurias y malvivencia),...y m) se adopta un diferente criterio para la penalización del delito culposos; entre otros cambios importantes." Moreno Hernández, Moisés, "Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)" Criminalia, año LXIV, No 1, México Enero- Abril, 1998, p p. 89, 90.

^{503a}..debe reconocerse que frente a ese tipo de medidas político-criminales, que responden a exigencias democráticas, también han habido y proliferado otras con tendencias opuestas, que en nuestro país se manifiestan, por ejemplo, en: a) un intenso proceso de criminalización de nuevas conductas, por la creación desmesurada de nuevas figuras delictivas; b) el incremento constante e irracional de las penas; c) el aumento de los casos de agravación de las penas; d) la reducción de beneficios para ciertos tipos de delitos; e) La ampliación de la oportunidad en la actuación del Ministerio Público y de sus auxiliares, en detrimento de ciertos derechos (como el de defensa); f) el incremento constante del personal del sistema de justicia y seguridad pública (policías, ministerios públicos, jueces, etc.); g) mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; h) casi nulo uso de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión, e i) creación de más centros de reclusión, incluyendo los de "máxima seguridad"; entre otros; todo lo cual revela un endurecimiento exorbitante de las medidas penales.." Moreno Hernández, Moisés, "Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)" p. 90.

Conclusiones

I.- El principio de causalidad con su basamento de corte naturalístico de causa- efecto tiene profundas raíces en nuestra forma de concebir la realidad, ello, se hace patente en el momento en que pretendemos explicarnos algún acontecimiento del mundo fáctico, pues, de inmediato tratamos de averiguar la causa que lo ocasiona y eso se debe a que nuestro pensamiento se encuentra acostumbrado a encontrar un antecedente que ligado lógicamente y naturalmente con un consecuente puede explicarnos el resultado acontecido en el mundo material.

II.- En el campo de lo penal –*específicamente en el ámbito de la teoría del delito y de sus explicaciones causalista, neoclásica y final de la acción*-, la explicación de los sucesos del mundo real con base en un planteamiento de causa-efecto (*o desencadenante del curso causal hacia la meta previamente seleccionada*) se ha vinculado a la actuación del hombre considerada como causa de esas mutaciones y ha sido la base que permite iniciar el encuadramiento del juicio de tipicidad de la conducta calificada como delictiva; a pesar de ello, esa concepción ha sido cuestionada debido a que la teoría dominante de la causalidad (*la teoría de la condicio sine qua non*) ha presentado deficiencias e inconsistencias.

III.- El problema de la causalidad reviste singular importancia puesto que para el *causalismo clásico* la acción humana fue considerada como un movimiento corporal voluntario que provoca un cambio en el mundo fáctico y ese planteamiento fue retomado por el *causalismo valorativo*, percibiéndose también, en la parte objetiva de la *acción de corte finalista* al desencadenarse el proceso causal dirigido a la finalidad previamente seleccionada.

IV.- La doctrina penal propició que existieran diversas teorías que explicaran el momento en que a una acción podía atribuírsele ser causa de un resultado (*teoría de la equivalencia de las condiciones, de la causa más eficaz, etc.*) sin que estas soluciones fueran del todo satisfactorias y por eso se propicia la aparición de la teoría de la imputación objetiva que atiende a criterios normativos y no causales para explicar el momento en que se puede imputar a alguien su acto desde la perspectiva jurídica y no causal.

V.- Claus Roxin -*apoyándose en el Neokantismo*-, suple la alineación de los conceptos jurídicos hacia las normas de cultura y las reorienta hacia los fines político criminales acorde a la teoría de los fines de la pena, a esa nueva propuesta, la denominó *funcional o racional-final*. Parte fundamental de su propuesta lo constituye la teoría de *la imputación al tipo objetivo* que busca superar el cimiento causa-efecto de corte naturalístico y propone su reemplazo por criterios normativos (*la creación del riesgo no permitido, la realización de ese riesgo en el ámbito de protección de la norma y que ese resultado sea de los que la norma pretende impedir*). El concepto de la culpabilidad se amplió y propone el término responsabilidad, de esa manera, toma en cuenta, tanto a la *culpabilidad* como a la *necesidad de pena (general y especial)*, instituyéndose, la *responsabilidad personal del autor*.

VI.- Günther Jakobs, propone la *renormatización del Derecho* y su alejamiento de los fundamentos naturalísticos de causa-efecto, con esa idea y siguiendo los cimientos del pensamiento sociológico de Niklas Luhmann -*que relaciona al mundo jurídico con la sociología*- considera a la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo y que se ven afectadas cuando alguien no cumple las expectativas normativas -*defrauda el rol*-. Esa situación se hace presente

en la contradicción con la norma y con ello, se da base, a la aplicación de la pena para restablecer su vigencia frente al infractor y frente a la sociedad. Lo anterior, determinó que se buscará una teoría que esclareciera el momento en que una acción humana que ha contrariado la norma penal da base a la reacción punitiva del Estado; a esa exigencia, pretende dar respuesta la llamada *teoría de la imputación objetiva* que busca determinar las tareas que le corresponden a los individuos a partir del *rol* que cada uno desempeña en la sociedad y que fija el ámbito de su responsabilidad, para decretar, el momento en que un hecho le es objetivamente imputable a su autor, instaurándose así, los siguientes criterios: (*Riesgo permitido, Principio de Confianza, Prohibición de Regreso, Ámbito de competencia de la Víctima*).

VII.- El *juicio de atribubilidad* dentro de la doctrina penal mexicana se convierte en un juicio normativo y no naturalístico que pretende establecer si la conducta externada es la descrita en el mundo jurídico; en definitiva, lo que queremos hacer notar es que el problema de la causalidad y su planteamiento como requisito necesario para integrar la parte objetiva del tipo penal en nuestra doctrina penal, si, se encuentra presente y que su análisis *-como integrante de la parte objetiva-* es básico pero no suficiente para el ejercicio intelectual que se realiza con la finalidad de lograr la tipificación de la conducta humana.

VIII.- El principio de causalidad debe seguirse manteniendo como fundamento de imputación del resultado penalmente relevante en aquellos tipos penales que describan conductas que modifican el mundo fáctico. Aunque debe reconocerse que éste, ya no debe ser el único fundamento de imputación, pero sí, el primer escalón tendiente a éste fin

XIX.- El principio de causalidad encuentra un espacio de reglamentación específico en el caso del delito de homicidio y ha conservado ese lugar

hasta nuestros días, aunque que la numeración de su articulado ha cambiado. El código penal mexicano, *—en el caso del delito de homicidio—* ha considerado *irrelevantes las siguientes coaccuas*: el que se habría evitado la muerte del pasivo con auxilios oportunos; que la lesión no habría sido mortal en otra persona; que la lesión fue mortal a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión y consideró como *relevantes las siguientes coaccuas (aunque, en realidad pienso que estamos frente a nuevos curso causales)*, no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea el resultado de una causa que ya existía y que no ha sido desarrollada por la lesión, ni cuando se haya vuelto mortal por una causa posterior: aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo asisten.

X.- En el delito de *omisión* el nexo de causalidad debe negarse por inexistente y en su lugar debe reconocerse la existencia del *nexo de evitación* como fundamento de imputación del resultado formal o jurídico al *activo garante* de evitar el daño o peligro al bien jurídicamente tutelado.

XI.- Consideramos que *—si se toman en cuenta las actuales orientaciones político criminales que sustenta nuestro sistema de justicia penal—* los fundamentos de corte normativo que prende introducir la teoría de la imputación objetiva son in-viables debido a que en nuestros días el núcleo rector de tipo penal esta constituido por el verbo rector *—matar, lesionar, apoderarse, etc—*, lo que permite establecer con seguridad *—tanto por el gobernado como por la autoridad—* la conducta prohibida o mandada; situación que se vería afectada si se aceptan criterios como la creación del riesgo o la defraudación del rol debido a que no es lo mismo determinar con un verbo la conducta típica que tener que establecer *—con gran*

margen de arbitrio- cual es el peligro que sea ha generado para poder calificar de relevante una conducta humana o que rol ha sido defraudado para dar base a la aplicación de la pena para confirmar la vigencia de la norma violada tanto frente al sujeto infractor del código punitivo como frente a la sociedad.

Propuestas

- No debe dejarse de considerar a la causalidad como el primer escalón de atribución del resultado penalmente relevante al activo y únicamente aquellos casos que debido a su especial configuración permitan afirmar que la causalidad con base naturalística de causa efecto no es suficiente para imputar el resultado acaecido al activo como su obra justifican la búsqueda de criterios teórico-jurídicos –*de carácter normativo*- que vengan a resolver satisfactoriamente esos cuestionamientos. Sin embargo, esos criterios, no deben propiciar el ensanchamiento del poder punitivo en perjuicio de las libertades de los gobernados sino que deben cristalizar la solución planteada en el marco de un Estado Moderno y garantizador de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las facultades punitivas del Estado.
- En la *determinación del nexo de atribuibilidad* al activo por el acto penalmente relevante deben concurrir –según sea el caso- como sus especies *el nexo de causalidad* y *el nexo de evitación* normativo y una vez colmada la parte objetiva y subjetiva del tipo y después de haberse calificado de antijurídica a la conducta del activo debe fundamentarse la atribuibilidad del injusto penal y después de analizar la culpabilidad del sujeto desde el punto de vista normativo y de que se ha determinado la procedencia de la sanción desde el punto de vista de los fines de la pena se le deberá atribuir su culpabilidad.
- Ambos criterios de atribución: uno del injusto penal y otro del juicio de reproche normativo vinculado a los fines de la pena deberán fundamentar el ejercicio de *ius puniendi* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; LAURRAURÍ, ELENA**, *“La imputación Objetiva”*, Reimpresión, ed., Temis, Bogotá, Colombia, 1998.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL**, *“Conducta de la Víctima y Responsabilidad Penal del Autor”*, Ángel Editor, México, 2001.
- _____, *“Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”*, Ángel Editor, México, 2001.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL; CARRANCA Y RIVAS, RAÚL**, *“Derecho penal mexicano-parte general”*, 20ª edición, ed., Porrúa, México, 1999.
- _____, *“Código Penal Anotado”*, ed., Porrúa, México, 1993.
- CARO CORIA, DINO CARLOS**, *“Imputación objetiva, Delitos sexuales y reforma penal”* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- CORREAS, OSCAR**, *“Introducción a la Sociología Jurídica”*, Ediciones Coyoacan, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, 1992
- CRUZ TORRERO, LUIS CARLOS**, *“Seguridad, Sociedad y derechos humanos”*, ed., Trillas, México 1995
- DAZA GÓMEZ, CARLOS JUAN MANUEL**, *“Teoría General del Delito”*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997.
- DÍAZ ARANDA, ENRIQUE**, *“Dolo. Causalismo - Finalismo - Funcionalismo y La Reforma Penal en México”*, ed., Porrúa, México 2000.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO**, *“Ley de Amparo Comentado”* ed., Duero s.a de c.v, México 1990
- DONNA EDGARDO, ALBERTO** *“Teoría del Delito y de la Pena”*, 1ª Reimpresión, ed., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- FEJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO**, *“Teoría de la Imputación Objetiva”*, Ángel Editor, México 2000.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO**, *“Derecho Penal Mexicano. Los Delitos”*, 32ª Edición, ed., Porrúa, México, 2000.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, RENÉ, *“Políticas Públicas en Materia de Criminalidad. Teoría de los Escenarios 2000-2030”*, ed., Porrúa, México, 2001.

GONZÁLEZ URIBE, HÉCTOR, *“Teoría Política”*, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1980

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA *“Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida”* Editorial Trillas, 4ª Edición, México 1998.

JAKOBS, GÜNTHER *“Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,”* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1ª Reimpresión, Marzo de 1998.

_____, *“La imputación Objetiva en Derecho Penal”* Traducción de Manuel Cancio Meliá, Ángel Editor, México, Febrero de 2001.

_____, *“Estudios de Derecho Penal”*, Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J, Suárez González, Manuel Cancio Meliá, ed., Civitas, Madrid, España.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS *“Tratado de Derecho Penal”* Tomos III y V 4ª Edición, ed., Losada, Buenos Aires, Argentina 1983.

_____, *“Principios de Derecho Penal. La ley y el delito”* Reimpresión, Abeledo Perrot, ed., Sudamericana, Buenos Aires.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO *“Derecho Penal Mexicano”*, Tomo I, 6ª Edición, ed., Porrúa, México 2000.

JULIÓ FIERRO, GUILLERMO, *“Causalidad e Imputación”* ed., Astrea, Buenos Aires, 2002.

MAIWALD, MANFRED, *“De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho penal”*, Traducción de Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de conferencias y artículos No 6, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho”, Colombia, 1996.

MALO CAMACHO, GUSTAVO, *“Derecho penal mexicano”*, 3ª Edición, ed., Porrúa, México, 2000.

MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *“Derecho penal-parte general”*, 1ª Reimpresión, ed., Trillas, México 1999.

_____, *“la Fundamentación Básica del Derecho Penal”*, Homenaje al Maestro celestino Porte Petit Candaudap, Publicado por el Instituto

Nacional de Ciencias Penales y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA *"La imputación objetiva del resultado"*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

MAURACH, REINHART; ZIPF, HEINZ, *"Derecho Penal Parte general"*, Traducción de la 7ª Edición Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

MEDINA PEÑALOSA, SERGIO JAVIER, *"Teoría del Delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva"* 2ª Edición, ed., Ángel Editor, México, 2003.

MEZGER, EDMUNDO, *"Derecho Penal, Parte General"*, ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, 2ª Edición, México, 1990.

MIR PUIG, SANTIAGO, *"Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho"*, 2ª Edición, Bosch, casa editorial, s.à, Barcelona, 1982.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *"Derecho Penal y Control Social"*, 2ª Edición, ed., Temis, Bogota, Colombia

_____, *"Teoría General del Delito"*, 2ª Edición, ed., Temis, Santa Fe Bogotá, Colombia, 1999

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARAN, MERCEDES *"Derecho Penal, Parte General"*, 4ª Edición, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *"La causalidad en el Delito"* 4ª Edición, ed., Porrúa, México, 1993.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS; CANCIO MELÍA, MANUEL, *"Un nuevo sistema del Derecho Penal: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs"*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogota, Colombia, 1999.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, *"Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"*, 18ª Edición, ed., Porrúa, México, 1999.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *"Teoría del Delito"*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

RECASENS SOGHES, LUIS, *"Tratado General de Sociología"*, Reimpresión de la 3ª Edición, ed., Porrúa, México 1980.

REYNOSO DAVILA, ROBERTO, *"Teoría General del Delito"*, 2ª Edición, ed., Porrúa, México 1997.

REYES ALVARADO, YESID, *"Imputación Objetiva"*, Editorial Temis, 2ª Edición, Bogota, Colombia, 1996.

ROXIN, CLAÚS *"Derecho Penal Parte General"* Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Tomo I Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal, ed., Civitas, 2ª Edición Alemana, Madrid España 1999.

_____, *"Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal"* Traducción de la séptima edición Alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid 2000.

_____, *"Política Criminal y Sistema del derecho penal"*, Editorial Hammurabi, 1ª Reimpresión, Colección de Claves de derecho penal, volumen 2, Buenos Aires, 2002.

SÁNCHEZ SANDOVAL, AUGUSTO, *"Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional"*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000

SANCINETI, MARCELO A, *"Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados"*, Universidad Externado de Colombia, Cuaderno de Conferencias y Artículos No 9, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpresión, Colombia, 1998

SARTORI, GIOVANNI, *"La política" Lógica y método en las ciencias sociales*, Traducción de Marcos Lara, Fondo de Cultura Económica, México, 2000

STRUENSEE, EBERHARD, *"Acerca de la legitimación de la "Imputación Objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo"* Publicado en: *"La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI"*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Febrero de 1998

VÁZQUEZ, RODOLFO, *"Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal"*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

VON LISZT, FRANZ, *"Tratado de Derecho Penal"* Tomo II, Traducido de la 20ª Edición Alemana, por Luis Jiménez de Asúa y Adicionado con Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, 4ª Edición, ed., Reus

WELZEL, HANS "*Derecho Penal Alemán. Parte General*"; 4ª Edición Castellana; Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, ed., Jurídica de Chile; Chile, 1993.

ZAFFARONÍ EUGENIO, RAÚL; ALAGÍA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, "*Derecho Penal. Parte General,*" ed., Porrúa, México, 2001.

ZAFFARONÍ EUGENIO, RAÚL. "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*" Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988.

HEMEROGRAFICA

CASTRO ZAVALA, SALVADOR, "75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana, 1917-1991," Suprema Corte de Justicia y Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo II; Orlando Cárdenas Editor, 1992.

CEREZO MOR, JOSÉ, "*EL Finalismo*" Criminalia, Año LXIII, No 2, Mayo-Agosto de 1997, ed., Porrúa.

DAZA GÓMEZ, CARLOS JUAN MANUEL, "*Teoría de la Imputación Objetiva*", Criminalia, Año LX III No 2 Mayo-Ago, 1997, ed., Porrúa.

GARCÍA JUÁREZ, AÍDA LETICIA; KALA JULIO, CESAR, "*Procuración de Justicia en el Sistema Nacional de Seguridad Pública*", Inter. Criminis No 3, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, Coordinadores, "*Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal, "Fernando Castellanos Tena"*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. De esa obra se consultó: **GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL,** "*DOLO, CULPA Y NEXO DE CAUSALIDAD.*"

MEDINA PEÑALOSA, SERGIO JAVIER, "*La imputación jurídico penal*" Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Enero- Junio de 2001/Año 1. Volumen 1, Número 1, Toluca Estado de México.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, "*Análisis de la Iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)*" Criminalia, año LXIV, No 1, México Enero- Abril, 1998,

_____, "*Comentarios. Reformas al Código Penal*" Criminalia, año LX, No 1, México Enero- Abril, 1994.

_____, "*Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal Mexicana*" Criminalia, año LVII, No 3, México Septiembre - Diciembre de 1992.

SANZ MÚLAS, NIEVES, "*Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana*"; Criminalia, Año LX III No 2 Mayo-Ago, 1997, ed., Porrúa.

VERGARA ROJAS, GONZALO ANTONIO, "*Breve referencia analítica del nexo de atribubilidad en el tipo culposo por acción y omisión*" Perspectivas Jurídicas del Estado de México, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, Enero- Junio de 2001/Año 1. Volumen 1, Número 1, Toluca Estado de México.

ZARAGOZA MARTÍNEZ, EDITH MARIANA, "*Evolución de los Fundamentos Filosóficos y Metodológicos del la Teoría del Delito*", Lux, Investigación y Crítica Jurídica, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Latina, Numero1, Septiembre –Diciembre del 2000

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL, "*El Sistema Funcionalista, sus Postulados, Impactos y Perspectivas*" en el **II seminario Internacional de Derecho Penal "La dogmática penal y la política criminal en el momento actual"**, Organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C, Realizado en el Auditorio de la Pinacoteca Virreinal de San Diego y en la Escuela Libre de Derecho, en México D. F, Febrero de 1999

NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, Ediciones Valle, México D.F, 2003

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO GRIGALBÓ, Tomos II, y III, V Ediciones Grijalbo, Barcelona, España, 1986.

LEGISGRAFIA

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, "*Código Penal Federal con Comentarios*", 3ª Edición, ed., Porrúa, México 1998.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 139ª Edición, ed., Porrúa, México, 2002

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, que contiene las disposiciones legales hasta Julio de 2003, ed., Sista

"LEY DE AMPARO" que contiene las disposiciones legales hasta 2004, ed., Sista

CÓDIGO PENAL FEDERAL, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ed., Sista, México 1999

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Colección Penal, Ediciones Delma, México, 2002

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ediciones Delma, México, 2002