

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
OBJETIVA EN LA RESOLUCIÓN DEL DELITO
CULPOSO DERIVADO DEL ACTO MÉDICO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A:

MTRO. ANGEL ALONSO TRUJILLO

TUTOR: DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 los que ya no están conmigo pero que vivirán
en mi pensamiento hasta el fin de los tiempos*

*Mis padres, Hortencia Trujillo Sánchez (+)
y José Alonso Hernández (+)*

*Mi tía Gloria (+) quien forjo en mí principios y valores
los cuales han sido el sustento de una vida digna*

A mi esposa, Martha Lidia

*Mi agradecimiento por su apoyo incondicional y
por dieciocho años de enriquecer mi vida*

A mis hijos, Martha Angélica y Carlos Ernesto

*Hoy les digo nuevamente qué he cumplido
y que sirva este trabajo como ejemplo de
superación*

Los Amo infinitamente...

*A mis hermanos de sangre
José Luis, Estela, Javier y Carmen*

Gracias por su solidaridad

*A la Universidad Nacional Autónoma de
México, nuestra máxima casa de estudios*

*Mi especial agradecimiento a la Facultad
de Estudios Superiores Aragón*

A los integrantes del Honorable Comité Totoral:

*Dra. Verónica Román Quiroz
Dr. Eduardo López Betancourt
Dr. Miguel Angel Aguilar López
Dr. Alfredo Genis González Méndez
Dr. Pedro Ugalde Segundo
Dr. Jesús Aguilar Altamirano
Dr. José Antonio Álvarez León*

*Por sus valiosas observaciones y consejos en la
elaboración de la presente investigación*

A mi tutor de tesis Dr. Pedro Ugalde Segundo

*Gracias por su apoyo, paciencia y dedicación
acertada.*

CONTENIDO

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

CAPÍTULO 1 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

1.1. Planteamiento del problema causal.....	1
1.2. Noción filosófica.....	8
1.3. Concepto penal de causalidad.....	15
1.4. Historia de la causalidad.....	21
1.5. Estructura de la causalidad.....	28
1.5.1. La acción.....	28
1.5.2. El resultado.....	30
1.5.3. El nexo de causalidad.....	36
1.6. Teorías de la causalidad.....	40
1.6.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	41
1.6.2. Teoría de la causalidad adecuada.....	49
1.6.3. Teoría de la condición más eficaz.....	58
1.6.4. Teoría de la última condición o de la causa próxima.....	60
1.6.5. Teoría de la causa eficiente.....	62
1.6.6. Teoría de la causalidad jurídica.....	63
1.6.7. Teoría de la adecuación al tipo.....	65
1.6.8. Teoría de la causa humana.....	67
1.6.9. Teoría de la relevancia.....	69
1.6.10. La causalidad en la Teoría de la Imputación Objetiva.....	72
1.6.11. Teoría de la interrupción de la relación de causalidad.....	77
1.7. La causalidad en ciertas especies de delitos.....	79
1.7.1. Delitos de omisión.....	79
1.7.2. Delitos culposos.....	86

CAPITULO 2
ESTRUCTURA Y FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CULPA

2.1.	Noción general de la culpa.....	91
2.2.	Evolución dogmática de la culpa.....	93
	2.2.1. Concepción psicológica de la culpabilidad.....	94
	2.2.2. Concepción normativa mixta de la culpabilidad.....	98
	2.2.3. Reubicación sistemática de la culpa en el finalismo.....	103
	2.2.4. Contribución de Exner en el fundamento de la culpa.....	111
	2.2.5. Contribución de Engisch para explicar la esencia de la culpa...113	
	2.2.6. Noción general de culpa en el sistema funcionalista del delito..116	
2.3.	Concepto etimológico de culpa.....	122
2.4.	Concepto doctrinal de culpa.....	123
2.5.	Teorías que fundamentan la esencia de la culpa.....	127
	2.5.1. Teoría de la previsibilidad.....	127
	2.5.2. Teoría de la prevenibilidad.....	132
	2.5.3. Teoría del vicio de la inteligencia.....	134
	2.5.4. Teorías positivistas.....	136
	2.5.5. Teoría de la imprudencia o negligencia.....	138
	2.5.6. Teoría del error.....	139
	2.5.7. Teoría de la violación del deber de atención.....	142
	2.5.8. Teoría del deber de cuidado.....	143
	2.5.9. Teoría de la voluntad, previsibilidad y evitabilidad.....	146
	2.5.10. Teoría psicoanalítica.....	148
	2.5.11. Teoría integral de Franz von Liszt.....	149
2.6.	Elementos de la culpa.....	150
2.7.	Elementos generadores de la culpa.....	154
	2.7.1. La imprudencia.....	156
	2.7.2. La negligencia.....	157
	2.7.3. La impericia.....	157
	2.7.4. El incumplimiento de normas legales.....	158
2.8.	Clases de culpa (culpa consciente y culpa inconsciente).....	160
2.9.	Grados de culpa.....	164
2.10.	El dolo eventual y sus límites con la culpa consciente.....	166
2.11.	La preterintencionalidad (actividad dolosa y resultado culposo).....	170

2.12. El caso fortuito (ni dolo, ni culpa).....	178
2.13. Concurrencia y compensación de culpas.....	182
2.14. Imprudencia temeraria.....	186
2.15. La omisión culposa.....	188
2.16. La tentativa en el delito culposos.....	191
2.17. Autoría y participación en el delito culposos.....	194

CAPÍTULO 3
LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, INSTITUCIONES QUE LA
FUNDAMENTAN Y ESTRUCTURA DOGMÁTICA

3.1. Evolución de la imputación objetiva.....	202
3.1.1. Teoría de la imputación objetiva de Karl Larenz.....	205
3.1.2. Teoría de la imputación objetiva de Richard M. Honig.....	210
3.1.3. La teoría de la adecuación social de Welzel.....	214
3.1.4. Funcionalismo sistemático normativo de Günther Jakobs.....	219
3.1.5. Funcionalismo teleológico racional de Claus Roxin.....	222
3.2. ¿Qué es la imputación objetiva?.....	227
3.3. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin.....	232
3.3.1. Creación de riesgos.....	233
3.3.1.1. La exclusión de la imputación en caso de disminución de riesgos.....	233
3.3.1.2. Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro.....	236
3.3.1.3. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos.....	238
3.3.1.4. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.....	240
3.3.2. Realización de riesgos.....	244
3.3.2.1. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro.....	244
3.3.2.2. Exclusión de la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido.....	246
3.3.2.3. Exclusión de la imputación en resultados que no	

están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.....	249
3.3.2.4. Las conductas alternativas conforme a Derecho y la teoría del incremento del riesgo.....	253
3.3.3. El alcance del tipo penal.....	258
3.3.3.1. La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa...	259
3.3.3.2. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste..	262
3.3.3.3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena.....	265
3.4. La imputación objetiva en la obra de Günther Jakobs.....	268
3.4.1. El riesgo permitido.....	270
3.4.2. El principio de confianza.....	284
3.4.2.1. Excepciones al principio de confianza.....	290
3.4.3. La prohibición de regreso.....	293
3.4.3.1. Limitantes para que opere la prohibición de regreso....	300
3.4.4. Las acciones a propio riesgo.....	303
3.4.5. Presupuestos básicos para que se estructure una acción a propio riesgo.....	313
3.4.5.1. La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el si y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa.....	313
3.4.5.2. La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. (El peligro debe ser conocido o cognoscible).....	317
3.4.5.3. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.....	319
3.4.6. El consentimiento y su delimitación con la actuación a propio riesgo.....	321
3.5. Críticas a la Teoría de la Imputación Objetiva.....	325

CAPÍTULO 4

LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN EL DELITO CULPOSO (IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA)

4.1. Consideraciones generales de la responsabilidad penal médica.....	336
4.1.1. Concepto de responsabilidad penal médica.....	342

4.2. Breve referencia a la <i>iatrogenia</i>	344
4.3. El delito culposo en la actividad médica.....	345
4.3.1. La imprudencia médica.....	347
4.3.2. La negligencia médica.....	349
4.3.3. La impericia médica.....	352
4.4. Determinación de la responsabilidad culposa del médico.....	355
4.4.1. Infracción de la <i>lex artis</i>	355
4.4.2. Infracción del deber de cuidado	364
4.5. El consentimiento del paciente.....	374
4.6. El deber de informar los riesgos.....	381
4.7. La creación y realización de riesgos en el paciente.....	386
4.8. ¿La responsabilidad de medios o de resultados?.....	389
4.9. Producción del resultado (la muerte o lesión del paciente).....	393
4.10. Nexo de causalidad en la práctica médica.....	398
4.11. El trabajo en equipo. (Principio de división del trabajo).....	403
4.12. Legislación mexicana en materia de salud y responsabilidad penal por culpa médica.....	410
4.12.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	411
4.12.2. Ley General de Salud.....	414
4.12.2.1. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.....	417
4.12.2.2. Reglamento de Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social.....	421
4.12.2.3. Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores...	423
4.12.3. Código Penal Federal.....	424
4.12.3.1. Acción y omisión culposa en el delito.....	425
4.12.3.2. Lesiones y Homicidio (causalidad en el delito).....	430
4.12.3.3. Responsabilidad profesional médica.....	437
4.12.3.4. La sanción penal.....	438
4.12.3.5. Sistema de <i>numerus clausus</i> en el delito culposo.....	446

4.12.4. Código Federal de Procedimientos Penales.....	449
4.13. Estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal y estructura de la imputación objetiva.....	452
4.13.1. Estructura del delito en el Derecho Penal Federal Mexicano (cuerpo del delito y probable responsabilidad).....	452
4.13.2. Estructura de la imputación objetiva (Roxin-Jakobs).....	470
4.13.3. Semejanzas y diferencias entre la estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal Mexicano y la estructura de la imputación objetiva.....	478
CONCLUSIONES.....	491
PROPUESTAS.....	502
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	511

INTRODUCCIÓN

La imputación objetiva no es una figura nueva del derecho penal, ni constituye tan solo un tema de moda. Su contenido corresponde a uno de los más viejos anhelos de la ciencia penal, es decir, el poder determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como la propia obra de un determinado sujeto, y cuando dicha afectación es solamente el producto de la simple casualidad, por ello una de las grandes aportaciones de la teoría de la imputación objetiva ha sido el poder diferenciar entre los hechos jurídicamente relevantes, de los sucesos o fenómenos meramente causales o fortuitos, al introducir a su sistema criterios de carácter normativo que complementan la llamada relación de causalidad o dogma causal. Esos criterios normativos a que me refiero son: la creación y realización del riesgo no permitido, el alcance del tipo o fin de protección de la norma, el principio de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo o competencia de la víctima.

En este orden de ideas, una de las principales razones que me motivaron para desarrollar el trabajo de investigación que se presenta, fue en primer lugar, la curiosidad; en segundo lugar, el poder determinar si los criterios de la teoría de la imputación objetiva podían ser aplicados en la solución de delitos culposos derivados de la práctica médica, pues ciertamente, hoy por hoy, los encargados de la procuración y administración de justicia (Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados), orientan de manera toral su criterio al emitir sus resoluciones, sobre la base de la prueba pericial en materia de medicina, la cual es elaborada por otro médico, lo que trae como consecuencia que el médico probable responsable en la comisión de un delito de lesiones u homicidio culposo sea prácticamente juzgado por otro médico, no obstante que la sistemática de la imputación objetiva ofrece diversos presupuestos, que a mi juicio es importante tomar en cuenta al emitir una resolución ministerial o judicial sobre este tópico, ello con la finalidad de brindar la debida seguridad jurídica al inculpado.

En efecto, el trabajo médico demanda la no violación a las reglas de la *lex artis* establecidas para regular en algunos casos el propio actuar médico, sin embargo, la función del médico deviene en una actividad riesgosa, que puede ir más allá del riesgo jurídicamente permitido, con lo cual entrará en el terreno de lo jurídicamente desaprobado con la correspondiente producción de un resultado lesivo para la salud del paciente y hasta para la propia vida de éste. Dentro del mismo marco, la imputación objetiva no existe, o desaparece, si aún en el desarrollo de una labor peligrosa, el médico no trasciende el riesgo jurídicamente permitido, o no produce el resultado lesivo, por ejemplo, porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la propia víctima, en este caso, del paciente.

Por otra parte, al examinar la violación del deber de cuidado, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual, en el trabajo médico que se lleva a cabo en equipo, quien participa en una actividad riesgosa, compleja y delicada, como lo es una intervención medico-quirúrgica, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás miembros del equipo médico harán lo propio, es decir, comportarse de manera reglamentaria.

Con relación a la prohibición de regreso, la cual fue elaborada en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión del delito doloso o culposo por parte de la otra. Esta calidad de garante suele tener un papel importante en la relación médico-paciente.

Para arribar al objetivo propuesto en este trabajo, la presente tesis doctoral se diseñó de cuatro capítulos, cuyo contenido está dirigido metodológicamente a determinar si los criterios normativos que ofrece la teoría

de la imputación objetiva pueden ser aplicados en México en la resolución del delito culposo derivado de la práctica médica.

Los capítulos que integran este trabajo, contienen los siguientes aspectos:

En el capítulo uno, que me permití denominar *la relación de causalidad como criterio de imputación*, se abordará fundamentalmente el problema de la causalidad, en donde para explicar dicho fenómeno cobran vital importancia las teorías de la causalidad.

El capítulo dos, que se intitula *estructura y fundamentos dogmáticos de la culpa*, tiene como objetivo conocer la evolución dogmática de la culpa, las teorías que fundamentan su esencia, sus elementos, los elementos generadores de la culpa, como son la imprudencia, negligencia, impericia e incumpliendo de normas legales; también se conocerán las clases de culpa, así como la línea divisoria que existe entre la culpa y el dolo eventual, la preterintencionalidad y el caso fortuito; también se hablará de la concurrencia y compensación de culpas, imprudencia temeraria, y algo que es de vital importancia, la omisión, tentativa y participación culposa.

El tercer capítulo, de título *la teoría de la imputación objetiva, instituciones que la fundamentan y estructura dogmática*, tiene como fundamental propósito, conocer la evolución de la imputación objetiva, para posteriormente plantearse la interrogante de ¿qué es la imputación objetiva?; y en este sentido, conocer el contenido de la imputación objetiva en la obra de Claus Roxin y de Günther Jakobs, dado que estas son las dos líneas de investigación mayormente reconocidas en la ciencia jurídico-penal contemporánea. También se conocerán cuáles son algunas de las más severas críticas que se han formulado en contra de dicha sistemática.

Finalmente, en el capítulo cuatro de este trabajo, al cual se le llamo *la responsabilidad penal médica en el delito culposo (importancia de la teoría de la imputación objetiva)*, se llevará acabo un estudio pormenorizado de los

elementos que pueden ser tomados en cuenta para fincar o no, responsabilidad penal al profesionista de la salud con motivo de la comisión de un delito culposo derivado de la praxis médica, relacionando por su puesto todos estos aspectos, con los criterios sostenidos por la imputación objetiva. En este sentido, y dado que lo que se propone con la presente tesis doctoral es conocer en primer lugar, si los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva pueden ser aplicados en nuestro país en la solución de los delitos de lesiones u homicidio culposo en que se vea involucrado un profesionista de la salud derivado del ejercicio de su profesión, se consideró necesario conocer en primer lugar, cuál es el contenido de la legislación mexicana en materia de salud y responsabilidad penal por culpa médica, para posteriormente establecer cuál es la estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal y la estructura de la imputación objetiva, para finalmente establecer cuáles son a mi juicio, las semejanzas y diferencias que se advierten entre ambas sistemáticas.

Con relación a la hipótesis planteada, ésta consistió fundamentalmente en establecer a manera de proposición, que sí es dable aplicar en México, los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva en la resolución del delito culposo derivado de la práctica médica.

En cuanto al método, se emplearon los métodos histórico, comparativo, exegético, analítico, sintético, sistemático, deductivo e inductivo y dialéctico.

La técnica utilizada fue básicamente de investigación documental y de campo.

La presente tesis doctoral es de tipo propositiva.

En tal virtud, resultó conveniente llevar a cabo esta investigación, pues los estudiosos del Derecho Penal, podrán contar con una herramienta que guíe sus pasos en la delicada misión de lo que representa nuestro sistema de enjuiciamiento penal, sin soslayar, que podrán verse beneficiados con su elaboración, no solo los encargados de su aplicación, quines contarán con más

herramientas de carácter técnico en la resolución del delito culposo derivado de la práctica médica, sino también los profesionistas de la salud, a quienes se les brindará mayor seguridad jurídica, tanto en las resoluciones ministeriales como en las judiciales.

También es propósito de este trabajo, brindar a la comunidad jurídica un elemento mediante el cual surja la inquietud de seguir investigando sobre el tema planteado y poder establecer en un futuro, propuestas de solución a los problemas de la justicia penal en México, pues es innegable que todo trabajo tendiente a mejorar la justicia será un instrumento de lucha para liberar a los hombres de otros hombres, para liberar a los hombres de la opresión y de la marginalidad social, lo cual únicamente se verá cristalizado, si no se toma a la propia ley como lo hacen los prácticos, es decir como su propia prisión, pues de lo que se trata, es de atreverse a mirar más allá de sus muros.

CAPÍTULO 1

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

1.1. Planteamiento del problema causal

Para una mejor comprensión del trabajo de investigación que se presenta, no se podía dejar de abordar el tema de la causalidad en el delito, pues ciertamente es a partir de ésta como se puede entender cuándo una determinada conducta como acción humana puede ser atribuible a una persona cómo su propia obra, es decir, como resultado de sus propias acciones u omisiones en el mundo exterior, esto contribuirá para poder determinar y delimitar el problema de la responsabilidad penal a título de culpa; la causalidad servirá para buscar a un sujeto de imputación.¹

Luego, lo primero que se debe establecer como planteamiento del problema causal, es saber en qué lugar se ubica dentro de la estructura de los elementos del delito el nexo de causalidad.

Considero qué el problema de la causalidad forma parte de los elementos objetivos del delito, dado que únicamente las conductas humanas con relevancia penal, y que son motivo de valoración por estar contenidas en una norma prohibitiva, por ende tipificadas en la ley penal, son atendibles para el Derecho Penal, no así, los meros procesos causales ciegos y sin dirección que son inherentes a la naturaleza, es decir, de simple causa y efecto; así como tampoco, aquéllas conductas que se quedan en la conciencia de los hombres, las que no afloran al mundo exterior, como los simples propósitos del pensamiento. La causalidad forma parte de los elementos objetivos del delito,

¹ No se soslaya el problema de la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal, pues el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado no es el único presupuesto para atribuir la responsabilidad al agente, sino también ésta halla sustento en la culpabilidad. Al respecto, Gimbernat Ordeig, ha expresado: “considerando que desde un punto de vista histórico, el problema causal aparece como consecuencia de la siguiente reflexión: Para poder analizar mejor un hecho que ha producido la lesión de un bien jurídico, es conveniente examinar por separado, dos cuestiones de distinta índole: la primera cuestión se ocupa del lazo material, de la influencia objetiva, en una palabra: de la causalidad de una acción sobre un resultado típico; pero la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado no basta para hacer responsable por éste al autor: es preciso, además -y éste es el contenido de la segunda cuestión-, que se haya obrado culpablemente.” GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, España, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Colección Pensamiento Jurídico, 1990, p. 19.

dado que al tener una expresión en el mundo exterior, es susceptible de apreciarse a través de los sentidos, de ser contemplados por su propia manifestación objetiva y tangible, principalmente por estar ubicada sistemáticamente a nivel de la tipicidad.²

Trujillo Campos, al referirse al problema del nexo causal, puntualiza que “éste encuentra lógica y natural ubicación dentro del primero de los elementos del delito, o sea, dentro del elemento objetivo, éste primer elemento del delito ha sido pacíficamente reconocido por la gran mayoría de los especialistas como elemento objetivo o elemento material, denominado así por constituir aquella parte de la realización de la figura delictiva que se expresa mediante manifestación en el mundo exterior.”³ También, en el mismo sentido Vergara Tejada, expresa que “no hay que olvidar que el nexo causal sólo es de carácter objetivo, por cuanto *enlaza* a dos elementos objetivos del delito, como lo son *la conducta y el tipo*. Los elementos subjetivos del delito serán *la culpabilidad y la antijuridicidad*. Se dice que aquellos son objetivos, porque son *palpables, evidentes, apreciables*, por los sentidos del humano.”⁴ Porte Petit, señala que “no sólo es la conducta, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo.”⁵

Planteado lo anterior, surge entonces el problema de la terminología para atender al primer elemento objetivo del delito, se le suele denominar, conducta, acción, acto, actividad, acontecimiento, comportamiento, hecho. En mi opinión el concepto más adecuado y que de una manera más amplia y completa abarca el problema de la causalidad, lo es precisamente el de *conducta*, dado que ésta en sí, contiene un comportamiento humano, hablando

² Recuérdese que con la sistemática adoptada por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente a partir de la reforma procesal de 10 de enero de 1994, se estableció por el legislador dentro de la estructura objetiva del tipo penal, precisamente el nexo de causalidad, es decir, debía acreditarse si el tipo lo requería, el resultado y su atribuidibilidad a la acción u omisión. Actualmente, es común observar en diferentes resoluciones judiciales (orden de aprehensión, autos de plazo constitucional o sentencias de primera y segunda instancia), que el juzgador analiza el nexo de causalidad al acreditar el cuerpo del delito en su parte objetiva o material.

³ TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, La relación material de causalidad en el delito, México, Ed. Porrúa, 1976, p. 13.

⁴ VERGARA TEJADA, JOSÉ MOISÉS, Manual de Derecho Penal, parte general, México, Ed. Ángel Editor, 2002, p. 165.

⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Programa de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., México, Ed. Trillas, 1990, p. 273.

penalísticamente, y mediante la cual se exteriorizan acciones u omisiones de relevancia penal que voluntariamente pueden modificar el mundo fáctico.⁶

En este sentido, Jiménez Huerta⁷ señala que prefiere la expresión *conducta*, no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico. Más adelante dice, que en la expresión *conducta*, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad. Implica, pues, un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres. Los comportamientos humanos que trascienden a las figuras típicas son únicamente aquellos que dejan su impronta en el mundo exterior. Sigue diciendo Jiménez Huerta, que no son conductas típicamente relevantes las que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean propósitos, pensamientos o voliciones. Las figuras típicas captan tan sólo los acontecimientos que se realizan en el mundo exterior, pues el delito, no es mero antojo, valeidad o deseo de un suceso antijurídico, ni solo determinación, tendencia o impulso al suceso mismo: es voluntad que se actúa; impulso que se exterioriza; pensamiento que desemboca en una conducta. Es praxis, comportamiento, actividad, ejecución. El acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, esto es, en un *quid exterior*, no es jamás punible.

⁶ La doctrina se divide prácticamente en dos posiciones, los que apoyan el concepto de conducta y los que defienden el concepto de hecho. En nuestro Código Penal Federal podemos advertir lo anterior, se utilizan diversas expresiones en forma indiferente, tal es el caso del artículo 7º, cuando establece los elementos o requisitos de la omisión impropia, dice: "...En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva..." El artículo 15, fracción I, habla de que "El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente..." La fracción VII, del mismo artículo dice: "Al momento de realizar el hecho típico..." A su vez el diverso numeral 18, al definir el concurso de delitos, habla de cuando con una conducta o pluralidad de conductas..." En consecuencia, no hay un criterio definido en nuestro Código Penal Federal.

⁷ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, introducción al estudio de la figuras típicas, T. I, México, Ed. Porrúa, 1972, pp. 65-66.

“La conducta típica es una manifestación de la voluntad dirigida a un fin. Tres elementos son, esenciales para su existencia: uno interno (voluntad); otro externo (manifestación) y otro teleológico (meta que guía la voluntad). Estos tres elementos o coeficientes están inseparablemente unidos entre sí; forman un todo conceptual: la conducta típica.”⁸

Autores, como Trujillo Campos⁹ estiman que el mejor concepto es el de conducta, sin embargo, para este autor dicho concepto resulta insuficiente, dado que cuando el delito requiere para su integración únicamente de una acción u omisión humana si es aplicable, pero cuando es menester además de la manifestación de voluntad un resultado para que fácticamente se integre la infracción penal, entonces el vocablo conducta resulta ya insuficiente para abarcar el concepto en esta segunda forma en que puede presentarse el elemento físico o material. En tal hipótesis, debe hablarse ya no de conducta, sino de hecho.

Entre los que defienden que la mejor terminología para atender al primer elemento del delito, es el hecho, se encuentran Pavón Vasconcelos e Ignacio Villalobos; el primero puntualiza que “cuando decimos hecho, es porque en ocasiones la ley no se limita a describir una mera conducta sino que se refiere a ella y a algo que se produce en el mundo físico y que es su consecuencia. Al hablar de homicidio no nos referimos únicamente a la acción o a la omisión realizada por el hombre, esto es a su conducta, sino tanto, a ella como a su resultado o sea la muerte, la supresión de una vida humana.”¹⁰

Por su parte, Villalobos dice que “se ha puesto excepcional escrúpulo en hacer notar que el resultado no forma parte del acto, propiamente, sino que es un efecto o su consecuencia, integrándose con ambos *el hecho* delictuoso cuando se trata de un delito de resultado material.”¹¹

⁸ Ibidem, p. 66.

⁹ Véase a TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., p. 14.

¹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, La causalidad en el delito, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993, pp. 47-48.

¹¹ VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, parte general, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1960, pp. 225-226.

Establecido lo anterior, corresponde ahora conocer de que manera puede integrarse el elemento fáctico del delito, es decir, las diferentes conductas o hechos que se encuentran tipificadas en los tipos penales.

Se estima que puede ser de dos formas diversas, la primera, con la sola manifestación de la voluntad, o sea, con una simple acción o inercia del hombre; y la segunda, con una manifestación de voluntad más un resultado, debiendo existir necesariamente entre ambos un nexo que los interrelacione, de tal manera que pueda hablarse de causa y efecto, de antecedente y consecuencia, en relación con la conducta y el resultado.

Jiménez Huerta en su obra Derecho Penal Mexicano, refiere que “si contemplamos en una rápida hojeada las conductas descritas en los tipos penales, de inmediato nos damos cuenta que dichas conductas se integran de dos formas diversas: a) mediante un simple comportamiento externo; b) mediante la unión de un comportamiento y un resultado material. El ordenamiento típico configura unas veces el comportamiento externo en que se concretiza la conducta, con los ojos puestos en el resultado que, a consecuencia de la misma, acaece en el mundo natural; otras veces, empero, toma en consideración el simple comportamiento – acción o inercia – sin exigir como complemento una modificación en el mundo exterior. Y así, frente a los delitos de resultado, es posible situar los delitos de simple conducta. Unos y otros implican, desde este punto de vista de la estructura del ordenamiento típico, formas diversas de integración fáctica. La existencia y realidad de esta diferenciación tiene profunda raigambre en la ciencia penal, la cual, tradicionalmente, a distinguido los delitos en formales y materiales. Delitos formales, son aquellos que se consuman con una simple acción del hombre, la cual basta sin más para violar la ley; delitos materiales, en cambio, son aquellos que para ser consumados necesitan un determinado resultado, que es lo que únicamente se considera como infracción de la ley.”¹²

¹² Op. cit., p. 134.

Para Trujillo Campos, al hablar de la clasificación de los delitos de mera conducta y delitos de resultado, señala que los primeros “son aquellos que se integran por un comportamiento externo del agente comisivo u omisivo, independientemente de los efectos que cause en el mundo externo. Los segundos, o sea, los delitos de resultado, son aquellos que exige, además de una conducta un determinado resultado, como efecto o consecuencia del comportamiento que, en cada caso concreto, se incrimina en un tipo penal.”¹³

Villalobos en su obra titulada Derecho Penal Mexicano, establece que “se llama delitos de lesión al que causa un daño efectivo, como pasa en el homicidio, las lesiones o el daño a propiedad ajena. Delito de peligro es aquél que solamente crea un riesgo para el bien jurídico cuya protección motiva el tipo legal, peligro que puede ser abstracto o general, como en la portación de armas prohibidas; o bien puede ser concreto, contra una persona o un objeto determinado, como sucede en el disparo de arma de fuego o el ataque a que se refería el entonces artículo 306 del Código Penal, en que se sancionaba el peligro especial a que había sido expuesta la vida de la persona contra quien se hizo el disparo o se dirigió el ataque.”¹⁴

Existe también otra clasificación que como dice Pavón Vasconcelos ha pretendido sustituir la clasificación anterior (delitos formales y delitos materiales) por los llamados delitos de peligro y delitos de daño o de lesión. Al respecto este autor señala que “no se debe en manera alguna confundir las nociones de resultado y de daño, pues si bien en ocasiones pueden coincidir al darse un resultado material con una efectiva lesión al bien jurídico, en otras puede suceder un fenómeno diverso, a más de que el daño es un concepto evidentemente valorativo.”¹⁵

¹³ Op. cit., p. 19.

¹⁴ Op. cit., p. 232.

¹⁵ Op. cit. pp. 49-50.

A modo de conclusión, se puede decir lo siguiente:

a) El nexo de causalidad forma parte de los elementos objetivos del delito.

b) El nexo de causalidad se encuentra ubicado sistemáticamente a nivel de la tipicidad.

c) La terminología más adecuada para atender el primer elemento objetivo del delito se encuentra dividida en dos tendencias mayoritarias, la que denomina a éste como *conducta* y la que lo denomina *hecho*.

d) La conducta o hecho como elemento fáctico del delito suele integrarse de dos formas:

La primera, con la sola manifestación de la voluntad, (acción u omisión);

La segunda, con una manifestación de la voluntad, más un resultado, debiendo existir entre ambos un nexo de causalidad.

e) La clasificación anterior ha derivado en que se hable de delitos de mera conducta o formales y delitos de resultado material; delitos de peligro y delitos de lesión, etcétera.

Considero que si bien es cierto, la doctrina se ha encargado de hacer diferentes clasificaciones de los delitos en atención a si existe o no un resultado material que se exterioriza en el mundo exterior, lo cierto es que todas estas clasificaciones únicamente nos sirven como mera referencia dogmática, dado que en la práctica judicial todo se limita a la existencia de figuras típicas que se perfeccionan con la simple acción u omisión voluntaria del agente, y aquellas que además de esto requieren para su configuración de un resultado material perceptible a través de los sentidos.

La importancia de la clasificación a que se ha hecho referencia tiene interés en materia de tentativa, pues la configuración del delito formal, en los términos indicados, excluye por su naturaleza la hipótesis del delito frustrado, la cual es siempre admisible, al menos en abstracto, en el delito material. También tiene interés dicha clasificación en tratándose del delito culposo, en donde imprescindiblemente se requiere de un resultado material, lo cual no es una regla general a seguir en los delitos dolosos. Otra importancia en hacer una diferencia entre delitos con resultado y delitos sin resultado, es para establecer en que casos surge, y en cuales no, el problema de la relación de causalidad entre la acción y el resultado.

1.2. Noción filosófica

Corresponde hacer ahora, un bosquejo filosófico de la causalidad, en donde cobra vital relevancia el concepto de causa, entendida de manera general como aquella que da el ser a otro, o lo que hace que una cosa que no era, sea.

“Causa es lo que da el ser a otro, o lo que hace que una cosa que no era, sea. Efecto es aquello que recibe el ser. De esto resulta que las ideas de causa y efecto son correlativas; no hay causa en ejercicio sin efecto en acto; no hay causa en potencia sin efecto en potencia.

La idea de causalidad implica relación del ser producente al producido, y se llama actividad o fuerza según los aspectos bajo que la considera. Actividad significa la causalidad considerada en su relación con el sujeto que se pone en acto, que ejerce una acción. Fuerza significa la misma actividad en cuanto triunfa de resistencias.

El tránsito del no ser al ser no se verifica solamente de las substancias, sino también de sus modificaciones. Nuestro espíritu a pasado del no ser al ser, y también pasan continuamente del no ser al ser los actos de nuestro entendimiento y voluntad; de no pensar pasamos a pensar, de no querer a

querer, de no sentir a sentir, de no movernos a movernos. Una cosa análoga se verifica en todos los seres finitos.

Así como hay dos clases de seres, sustancias y modificaciones hay también dos clases de causalidad. Cuando lo que pasa de no ser a ser es sustancia, el causar se llama criar, o sacar de la nada; cuando es modificación se llama formar, mudar. En la creación no se presupone nada preexistente: en la formación o mudanza preexiste la sustancia que se transforma.

Luego la causalidad no se refiere solo a sustancias, sino también a modificaciones; y el universo entero con sus continuas mudanzas nos ofrece una serie continuada de causas y de efectos.

Preguntar, pues, si hay verdaderas causas es preguntar si hay mudanzas, si hay tránsitos del no ser al ser, para lo cual no basta interrogar a la experiencia, tanto interna como externa.

La idea pura de causalidad dimana de la simple combinación de las ideas del ser y no ser. Considerando el no ser, vemos evidentemente que no se puede dar en sí mismo el ser; de la nada sola no puede salir nada; luego el tránsito del no ser al ser supone un ser. Si admitimos por un momento la nada absoluta no sería posible que nunca existiese alguna cosa; luego si existe algo, ha existido siempre algo, y no ha podido menos de existir.”¹⁶

En Aristóteles¹⁷ se distinguen cuatro causas, la formal, la material, la eficiente y la final. Dice que la primera es la esencia, la forma propia de cada cosa, porque lo que hace que una cosa sea, está toda entera en la noción de aquello que ella es; la razón de ser primera, es, por tanto, una causa y un principio. La segunda es la materia, el sujeto; la tercera el principio de movimiento, el principio que hace pasar al sujeto, la materia de lo posible, que es su naturaleza, a la realidad; la determina la señal con un carácter distintivo,

¹⁶ BALMES, JAIME, Filosofía elemental, lógica, ética, metafísica, historia de la filosofía, México, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos, Núm. 241, 1973, p. 190.

¹⁷ Véase ARISTÓTELES, Metafísica, estudio introductivo, análisis de los libros y revisión del texto, por Francisco Larroyo, Colección Sepan Cuantos, núm. 120, 16ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 10-14.

en una palabra le da una forma, esta es la causa eficiente; la cuarta, que corresponde a la precedente, es la causa final de las cosas, el bien, porque el bien es el fin de toda producción; el motivo el fin de la acción, de todo lo que existe y se hace, la razón final de las cosas.

Desde un punto de vista filosófico, admitiendo las arduas tareas que implica la búsqueda del concepto, Pavón Vasconcelos siguiendo a Aristóteles, para explicar el problema causal, refiere que para éste “causa era todo principio bajo cuyo impulso pasa del no ser al ser algo de sí indiferente para existir; concepto que constituye el punto de partida para desarrollos posteriores, pues sus seguidores, que crearon la metafísica aristotélica, llegaron a distinguir con precisión entre causa eficiente, causa ocasional y causa final. Aristóteles se ocupó de la causa en sentido formal, como concepto lógico, y con criterio ontológico, es decir como aspecto preliminar para llegar al conocimiento de la causa primera. Desde ambos aspectos distinguió la causa eficiente, la causa material, la causa formal y la causa final (¿quién lo hizo?, ¿de qué?, ¿cómo?, ¿para qué?), mencionando otras subdivisiones, entre las que se encuentran las causas intrínsecas, extrínsecas e incidentales. Sin embargo, toda la teoría de la causa se apoya en el pensamiento de Aristóteles en las adecuaciones de acto y potencia, es decir forma y materia, respectivamente.”¹⁸

“El concepto de la causalidad pertenece a la filosofía, en donde es concebido desde dos puntos de vista diversos. Para la filosofía antigua, dominada por el objetivismo, es un nexo real que liga las cosas entre sí; para la filosofía moderna, una categoría mental, una forma apriorística de nuestra mente, con la cual sometemos a un orden los acontecimientos del mundo circundante, sin poder decir si efectivamente subsiste el ligamen objetivo entre un antecedente y una consecuencia.”¹⁹

¹⁸ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit., pp. 13-15.

¹⁹ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, op. cit., p. 149.

Rivas Belandria²⁰ explica que para la filosofía clásica existe una definición de causa: *causa es todo principio por cuyo influjo algo de sí indiferente para existir, pasa del no ser al ser*". El padre, es, así, causa del hijo; el fuego del incendio, y la herida de la muerte. El elemento genérico del concepto dado lo representa la noción de principio: *La causa es principio porque en ella comienza el efecto en su aspecto más íntimo cual es el de la existencia*. Y el elemento específico, la idea de comunicación del ser: *La causa con su influjo real y positivo confiere el ser al efecto, el cual no se basta por sí para existir*. Luego, la causalidad implica entonces dependencia: no se puede concebir esta en mayor grado que el de requerir el influjo de otro para lo mas primario y elemental de una cosa como es el existir. El autor en cita, señala también que la causa puede considerarse, en acto primero o en acto segundo: un ser es causa en acto primero cuando solo tiene potencia o capacidad para producir el efecto, y es causa en acto segundo cuando de hecho lo produce.

Cita siete principios que son de gran importancia para entender el problema de la causalidad y estos son:

a).- Nada acontece sin causa que lo determine. O bien, no se da ser contingente sin su causa (principio de causalidad).

b).- Nada puede ser causa de sí mismo.

c).- Toda causa encierra en sí, de algún modo, cuando hay de realidad y perfección en el efecto.

d).- Lo que es causa de la causa es causa de los efectos de esta: causa causae, causa causate.

e).- La causa se conoce por sus efectos.

²⁰ Véase a RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, La relación de causalidad en la calificación del delito, Venezuela, Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1959, pp. 20-21.

f).- Quitada la causa desaparecerá el efecto (claro que al enunciarse este principio se supone que se trata de una causa que influye de modo continuo en el resultado).

g).- Puesta la causa, dase el efecto.

Para Jiménez de Asúa²¹, resulta difícil dar una definición filosófica de causa, sin embargo, apoyándose en el pensamiento Aristotélico señala que este filósofo, destacó la utilidad y la trascendencia del concepto y subrayaba que apenas si puede concebirse cuestión en que no venga implícito ni ser que, en ningún sentido, no participe de él. Semejantes obstáculos dice Jiménez de Asúa llevaron a algunos filósofos a reducir el concepto de causa como lo hizo Hume, a la mera sucesión; de tal forma que la presencia de una cosa induce a representarse otra, mediante un simple proceso de asociación de imágenes elaboradas por nuestro pensamiento.

Establecida la clasificación aristotélica de causa, corresponde ahora abundar sobre el contenido de cada una de estas, y al respecto se tiene lo siguiente:

“a) La causa eficiente es aquel principio mediante cuya acción algo se produce. La causa eficiente hace, produce el efecto.

b) La causa material es aquello de lo cual se hace algo. Es la materia (tomando esta palabra en sentido lato, no en el estricto de la física moderna) con que se confecciona la cosa producida.

c) La causa formal es lo que determina y especifica al ente, lo que hace que este sea lo que es (un escritorio, por ejemplo, y no una silla).

²¹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de Derecho Penal. (El delito), T. III, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951, p. 424.

d) La causa final es aquello para lo cual se produce el efecto. Representa el fin, el para qué de la acción.”²²

“Las cuatro acepciones de la causa acabadas de definir pretenden contestar, por su orden, a estas preguntas: ¿quién hizo el efecto?; ¿de que?; ¿cómo? y ¿para que?. Cabe citar al respecto el ejemplo de el enfermo que sana y se restablece de salud; por virtud de la aplicación de la tesis aristotélica nos dice que la causa eficiente es el médico que cura al enfermo; la causa material, el paciente, vale decir, el sujeto sobre el que se opera; la causa formal, la noción de salud que guía al médico, y la causa final, el estado de salud hacia cuyo restablecimiento se dirige el organismo.”²³

Dado el contenido del concepto aristotélico de causa, y que como ya se dijo, consiste en todo principio por cuyo influjo pasa del no ser al ser algo de sí indiferente para existir, “la filosofía entroncada con la Metafísica aristotélica hizo clasificaciones de tales principios, distinguió la causa eficiente de la causa ocasional y de la causa final; la causa adecuada o total, de la inadecuada o parcial. De acuerdo con estas ideas era claro que todo antecedente, aún los inadecuados o de influencia parcial o remota podrían reconocerse como “causas” en la etiología de un resultado, siempre que hubieren ejercido algún influjo para su producción; pero solo podría tenerse como autor del daño a quien hubiere puesto la causa eficiente (material o moral) del mismo.”²⁴

“Algunas doctrinas filosóficas, como el empirismo positivista y el idealismo negaron realidad a toda causa, diciendo los primeros que la experiencia solo nos permite afirmar, como realidad, la sucesión constante de los mismos fenómenos, repetición que nos hace hablar, por costumbre, de una relación de antecedente a consiguiente; pero elevarse de ahí a principios trascendentes y metafísicos como el de la causalidad, ya no es fruto de observación o de conocimiento sino de imaginación o de fantasía. Los racionalistas no dan contenido real a estos juicios como es el de la causalidad,

²² RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, op. cit., p. 21.

²³ Ibidem, pp. 21-22.

²⁴ VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit., p. 226.

sino que consideran que se trata de un mundo de meras formas del entendimiento.²⁵

Finalmente es importante destacar la diferencia existente entre causa, condición y ocasión.

“La condición no revela, en sí, aisladamente considerada, capacidad para producir el efecto, es decir proporción con el mismo; la causa, en cambio, es un principio en el que virtualmente está contenido el efecto antes de producirse y al cual se le atribuye después de producido.

La causa es actividad, es fuerza, la condición por el contrario es algo inactivo por su naturaleza, es, un estado yacente e inerte de cuya presencia o ausencia depende la capacidad operativa de la causa y la medida de su eficacia, pero ella, por sí sola, no produce cambio alguno.

Tratándose de causas que influyen de modo continuo en los resultados, al suprimir aquellas estos desaparecen, cosa que no sucede respecto de las condiciones: pueden estas desaparecer quedando intactos los efectos.

La ocasión, es una circunstancia accidental menos ligada a la causa que la condición. Es todo aquello a cuya presencia se hace algo y como que induce a la causa a hacerlo. Su función es facilitar, y en algunos casos promover, la acción de la causa.

La ocasión no se da sino con respecto a las causas intelectivas. Difiere la ocasión de la condición en que no se requiere como ésta para la producción del efecto, y de la causa en que no influye con virtud propia en el resultado. El mercado o los apretones de gente, por ejemplo, no son causa ni condición, pero sí ocasión de las raterías, como la noche lo es de los robos y adulterios. La ocasión es, pues, solo motivo, oportunidad propicia, para que la causa actúe.

²⁵ Ibidem, p. 227.

Tratándose de causas que influyen de modo continuo en los resultados, al suprimir aquellas, estos desaparecen, cosa que no sucede respecto de las condiciones: pueden estas desaparecer quedando intactos los efectos.”²⁶

Haciendo un ejercicio de abstracción, se puede decir que la causalidad desde la perspectiva filosófica es entendida como el nexo real que liga las cosas entre sí. Da gran importancia al concepto de causa, entendida como lo que una cosa que no era, sea; o bien todo principio bajo cuyo impulso pasa del no ser al ser algo de sí indiferente para existir.

Luego, si algo que no era, pasa a ser algo en el mundo de relación por virtud de la causa que lo origina, que le da vida y alma, es incuestionable entonces, que ese nexo real que liga las cosas entre sí, concurre siempre que exista un efecto, pues la idea de causalidad implica relación del ser producente al producido.

Por otra parte, los conceptos de causa eficiente, causa material, causa formal y causa final, bien pueden ser aplicados en el ámbito penal, donde, en tratándose por ejemplo de un delito de homicidio, será causa eficiente el sujeto activo del delito; causa material, el sujeto pasivo, la persona privada de la vida, el cuerpo de la víctima sobre la que recae la acción; causa formal, el homicidio mismo, la violación a la ley penal, la realización de una conducta antijurídica; la causa final será la intención o propósito final de privar de la vida a alguien.

1.3. Concepto penal de causalidad

Para explicar el concepto penal de causalidad, tiene preeminencia esencialmente la conducta humana voluntaria, es decir; lo que concierne para el derecho penal, son precisamente las conductas humanas, pero no todas, únicamente las de relevancia penal por estar penalmente prohibidas y previstas en un tipo penal. De aquí deriva el concepto penal de causalidad, en dónde es importante conocer, qué cosa es necesaria para que el hombre pueda

²⁶ RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, op. cit., pp. 25-26.

considerarse como causa de un resultado, o dicho de otra manera, qué condiciones deben concurrir para que un resultado típico pueda ser atribuible a la conducta desplegada por el autor del delito. No se soslaya que en el campo del Derecho Penal para explicar el concepto de causalidad, se trata exclusivamente de saber si un determinado acontecimiento ha sido causa de un determinado resultado.

En nuestra opinión, para entender el concepto penal de causalidad, se debe partir de la idea central, de que para que un resultado pueda ser materialmente imputado al autor de una determinada conducta es necesario que el resultado se haya verificado como consecuencia de esta, es decir, deberá precisarse la existencia de un vínculo o relación de causalidad entre la actividad humana exterior y el resultado producido.

Jiménez Huerta acertadamente ha expresado, que “una relación de causalidad material entre el comportamiento y el resultado sólo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana. En los delitos que se integran por un comportamiento y un resultado, éste ésta siempre en dependencia natural, temporal y lógica del comportamiento que le origina; es su consecuencia o efecto material; un producto de dependencia causal de determinados factores físicos. Para que un resultado pueda ser adscrito a un hombre (imputación), necesita ante todo que él sea su causa física, estos es, que el resultado pueda decirse producto, efecto o consecuencia material de su acción.”²⁷ De no acreditarse que el resultado fue causa física de su propia obra, no será posible imputarle el resultado.

“El concepto de causa, asume significado y aspectos propios en el campo del Derecho Penal, en donde apriorísticamente se parte de un comportamiento humano, como premisa previa. No se trata de indagar las causas naturales determinantes de un dado resultado, sino de precisar la eficacia que una causa ya individualizada - el comportamiento humano- ha

²⁷ Op. cit., p. 145.

tenido en la producción de un resultado concreto, relevante para el Derecho Penal. Esta premisa sitúa el problema dentro de un marco ya individualizado y sobre un fondo teleológico jurídico-penal. Sólo la causa humana tiene relieve en nuestra ciencia. Las causas materiales valen sólo en cuanto dependen y son puestas en movimiento por el hecho del hombre. El problema de la pura causalidad material es, para el Derecho, privado de sentido.”²⁸

Trujillo Campos en su obra la relación material de causalidad en el delito, sostiene que “si entre la conducta del hombre y el efecto material típicamente relevante no existiera, por cualquier circunstancia, esa relación causal, el elemento fáctico del delito no podría jamás integrarse y ni siquiera sería posible denominar técnicamente *resultado* a los efectos naturalísticos de la conducta. Para que una determinada modificación del mundo externo pueda ser tomada como *resultado* de una conducta punible, es necesario que entre ésta y aquél medie un nexo causal.”²⁹ El nexo de causalidad se instituye entonces como un elemento indispensable para el juicio de imputación.

A decir de Francisco Antolisei, “para que una determinada modificación en el mundo exterior (resultado) pueda atribuirse a un hombre, es necesario que haya sido producida a consecuencia de la acción de él; en otras palabras, es necesario que entre la una y la otra haya una relación de causalidad. La razón de que la ley exija esa relación se comprende fácilmente: una modificación del mundo exterior que no tenga nexo alguno con la conducta del hombre, un acontecimiento que sin ella se hubiera producido del mismo modo, no podría considerarse obra de él y, por lo tanto, no se le podrá poner a su cargo.”³⁰ “La razón por la cual es preciso que haya un nexo de causalidad entre conducta y resultado estriba en que solamente existiendo aquel, el resultado puede ser reprochado, referido o imputado al agente y puesto a cargo de éste como fundamento de su responsabilidad.”³¹ Luego, se puede afirmar con certeza, que para que pueda hacerse un juicio de reproche al agente, primero

²⁸ Ibidem, pp. 149-150.

²⁹ Op. cit., pp. 33-34.

³⁰ ANTOLISEI, FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, parte general, Trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, 8ª ed., Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988, pp. 164-165.

³¹ TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., p. 34.

deberá acreditarse la relación de causalidad entre el comportamiento desplegado por éste y el resultado producido, el nexo de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad penal.

Congruente con lo anterior, se ha establecido que “en efecto, una conducta humana es algo que puede ser captado tanto según el principio de la causalidad como también el principio de la finalidad; valorado culturalmente y juzgado normativamente. Por eso el concepto de causa es quizá el primero que entra a actuar en la consideración de la conducta humana, objeto del derecho penal; hay que establecer ante todo la concatenación causal de los hechos para poder pasar de allí a actuar el concepto de imputación. Antes de proceder a la imputación de una conducta a un sujeto es necesario haber establecido la concatenación causal de los hechos en que tal imputación ha de apoyarse.”³² Así Welzel, ha expresado que “con la comprobación de la causalidad, se ha establecido, sólo el presupuesto más elemental y el límite más externo de la responsabilidad penal. Por un resultado sólo puede hacerse responsable a aquel que lo haya causado.”³³ Como se observa, el resultado únicamente podrá ser atribuido al sujeto que lo hubiere producido como su propia obra.

Para Mezger, “el concepto de causalidad no es un concepto jurídico, sino lógico. Es una *forma de nuestro conocer* que ha de entenderse como categoría, un medio originario, *apriorístico* de nuestro pensar, al objeto de la comprensión del mundo sensible. O dicho de otro modo más preciso: una determinada posición de nuestra actividad de pensamiento por medio de la que tratamos de comprender las conexiones dentro del mundo de la experiencia. Esta forma de conocer no es ciertamente obtenida, sacada de la experiencia, sino más bien aplicada, llevada a la experiencia, al objeto del poder dominarla mediante nuestra actividad de pensamiento. También el razonamiento jurídico debe servirse de esta forma de actividad del pensamiento, so pena de perder el contacto con el mundo de la experiencia y con el restante pensamiento científico. Este concepto de causalidad o de causación es un concepto que

³² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, op. cit., p. 423.

³³ WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, parte general, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., Santiago de Chile, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 53.

supone una referencia, es decir, nos informa sobre una referencia, sobre una conexión entre dos procesos; entre *la causa* por un lado, y *el efecto* por el otro. Y nos dice que causa es lo que no puede suprimirse *in mente* sin que desaparezca también el efecto, que causa es la condición sine qua non, la *condición* del efecto.”³⁴

Resulta de antemano evidente que el problema que aquí interesa no es el de la determinación de un llamado concepto filosófico de la causalidad, que entendiera por causa la totalidad de las condiciones previas de un acontecimiento. En el campo del Derecho Penal se trata exclusivamente de saber si un determinado acontecimiento ha sido causa de un determinado resultado.

A modo de conclusión, se puede decir con certeza, que en el delito no se tiene, de un lado a la acción, ejecutada o esperada, (acción u omisión), y del otro, el resultado producido, independientes la una del otro, sino que la acción, causa el resultado. Estamos pues, frente a una causalidad en el delito; la acción obra como causa del resultado. Esta relación de causalidad debe existir siempre para que el resultado pueda ser atribuido al autor de la conducta. Es necesario en consecuencia, para que hablemos de un concepto penal de causalidad, que dicho resultado sea la causa de un comportamiento humano de relevancia penal. Lo que interesa en derecho penal es saber si un determinado acontecimiento ha sido causa de un determinado resultado.

A continuación transcribo algunas Tesis, en las que se pone de relieve que en México, el Poder Judicial de la Federación ha emitido criterios en los que ha sostenido que para el problema de la causalidad solo tienen relevancia, las conductas humanas que se encuentran previstas en un tipo penal, y no aquellas de naturaleza meramente causal, es decir de un mero proceso de causa - efecto; además, necesariamente deberá existir un nexo de causalidad, entre la conducta y el resultado producido para que dicha conducta adquiera relevancia penal.

³⁴ MEZGER, EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T. I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 204-205.

Rubro y texto: CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO. La culpa sin representación se conforma de una acción que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el activo debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; un resultado típico que no se previó siendo previsible y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Consecuentemente, en delitos con motivo de tránsito de vehículos, es violatoria de garantías la sentencia que acredita la autoría material en la responsabilidad penal y condena al inculpaado por el delito de homicidio, cuando este resultado no es la consecuencia causal de su acción culposa que cesó y, por ende, consumó el delito de lesiones, cuando golpeó con el vehículo que conducía en una pierna al ofendido y lo esquivó, para, en forma autónoma, con motivo de diversa conducta culposa de un tercero a quien también se le atribuye autoría material, que conducía diverso vehículo automotor, ocasionó la muerte por atropellamiento.

Precedentes: Novena Época, Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Junio de 2002, Tesis: I.7o.P.7 P, Página: 643. Amparo directo 607/2002. 22 de marzo de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz.

Rubro y texto: HOMICIDIO. CUANDO ES CAUSA DE LAS LESIONES INFERIDAS. Si el delito es una conducta humana que comprende en una parte la acción ejecutada y la acción esperada o no, y de otra el resultado sobrevenido, para que éste pueda ser inculpaado precisa una relación de causalidad entre ese acto y el resultado producido, que existe cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto; por lo que si las lesiones inferidas por el sujeto activo ocasionan el deceso del pasivo, como consecuencia le será imputable dicho resultado, al aplicarse el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que "lo que es causa de la causa, es causa del daño causado.

Precedentes: Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Marzo de 2002, Tesis: VI.1o.P.175 P, Página: 1354. Amparo directo 428/2001. 25 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Juan Carlos Ramírez Benítez. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, página 468, tesis

582, de rubro: "LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD.

Con estos criterios cobran vigencia las ideas de Jiménez Huerta, y Mezger, en donde para el primero, la conducta humana penalmente relevante por estar tipificada en la ley penal como delito, tiene importancia para explicar la causalidad en el delito. Para el segundo, la causalidad es un concepto que supone una conexión entre dos procesos; entre la causa por un lado, y el efecto por el otro; entendiendo por causa, lo que no puede suprimirse in mente sin que desaparezca también el efecto.

1.4. Historia de la causalidad

Dado que el objeto de estudio de la tesis doctoral que se presenta es la importancia que reviste la teoría de la imputación objetiva en la resolución de delitos culposos en la actividad médica, he considerado importante hacer una referencia histórica de la causalidad, en donde las primeras legislaciones que trataron este tema, centraron su atención fundamentalmente en los delitos de lesiones y homicidio, tratando de dar respuesta a uno de los principales problemas que el derecho penal se ha planteado desde sus inicios, determinar cuándo un determinado resultado, puede ser atribuible a un sujeto como producto de su propia obra, y en esas condiciones delimitar el problema de la responsabilidad penal. Se trata consecuentemente, de conocer cuales fueron los diferentes criterios para determinar, cuál fue la condición que provocó el resultado dañoso.

“Las viejas legislaciones plantearon la cuestión únicamente en relación a algunas especies delictivas: homicidio y lesiones.”³⁵ “En el Derecho Romano hay fragmentos y pasajes de lo que pudiera partirse para construir una doctrina general. Estos fueron formulados, sobre todo por Ulpiano, en orden a la equiparación de los coparticipes en la causa de la muerte. Además de éstos hay otros más precisos en orden a la letalidad de la herida, e incluso hallamos

³⁵ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, op. cit., p. 146.

casos en que se trata de resolver las dificultades que presentan ciertas condiciones ya existentes antes de la lesión. En un pasaje de Labeon, a que se refiere Ulpiano, se puede ver el esfuerzo para encontrar el carácter ordinario o normal de las heridas, y hasta se presenta en otro, de Ulpiano con cita de Celso, una suerte de referencia a circunstancias posteriores a la lesión. Por su parte Celso y Marcelo, seguidos por el propio Ulpiano, se hicieron cargo de la necesidad de suavizar la responsabilidad en presencia del nuevo acontecimiento, hasta el punto de que si se advierte su falta de nexo con la herida, como el caso de la nueva lesión mortal, el agente primero sólo podrá ser castigado por las lesiones y no por el homicidio.”³⁶

Nótese, dice Rivas Belandria, en su obra, la relación de causalidad en la calificación del delito, “como en estos textos se contiene ya, dentro de una posición rigorista en extremo, un criterio claro para resolver el problema de la incriminación del resultado en los casos en que con-causas preexistentes cooperan a su producción, criterio de conformidad con el cual el asunto ha de decidirse en base a lo que sucede ordinaria o normalmente en estos casos.”³⁷

“En las fuentes romanas, encontramos ya planteado y resuelto un problema que habría de presentarse con frecuencia más tarde, constituyendo uno de los puntos neurálgicos de la cuestión: el problema relativo a la determinación de la responsabilidad del agente cuando el lesionado muere o agrava su situación por culpa propia, esto es, por el concurso de otras causas imputables sólo a él. Tal planteamiento lo encontramos en pasajes como este: *Si un siervo es herido levemente y luego perece por negligencia propia, la acción que procede es la de lesiones, no la de homicidio.* Notemos cómo en este fragmento, se establece la hipótesis del concurso de hechos de terceros o de la naturaleza en el advenimiento de la muerte, la exención del primer agente como autor de ésta procede aún en el caso de que las heridas por él inflingidas sean mortales, y en cambio en éste, tratándose de concurso de hechos imputables a la propia víctima, para que estos eximan al autor de las lesiones de la responsabilidad característica del homicidio, es necesario que las heridas

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, op. cit., p. 426.

³⁷ Op. cit., p. 49.

que él haya inferido a la víctima no sean mortales independientemente de la negligencia posterior de ésta.”³⁸

A decir de Jiménez de Asúa³⁹, en el Derecho germánico, se presentan problemas análogos al Derecho Romano. Cuando la muerte era inmediata no se suscitaba duda alguna, para atribuirle a la herida. La cuestión surge cuando no puede decirse con seguridad que la lesión es causa verdadera de la muerte aunque de modo común se pueda afirmar la naturaleza mortal de la lesión en sí. Para salir del conflicto y zanjar las dificultades, se inicia ya la clasificación de las heridas, como guía para saber cuándo causan la muerte. Así, por ejemplo, en un antiguo Derecho de Islandia, la colección llamada Gragas formula la regla de considerar mortal la lesión que pertenezca a la clase de las grandes heridas, aunque también a las pequeñas se las podía atribuir condición letal cuando así lo decidieran los jurados. En el Derecho germánico se inicia esa distinción de las lesiones que bien pronto buscaría fácil determinación mediante el establecimiento de un plazo, dentro del cual habría de producirse la muerte, que tanta importancia asumió en algunos Códigos europeos. Las leyes germánicas establecieron el lapso de un año y un día para poder considerar causada por las lesiones la muerte resultante, sin haber sido ayudadas en su eficacia por otros acontecimientos sobrevinientes.

“En el sistema germánico, cobra relevancia el siguiente postulado: “sí algún hombre libre hiere a otro hombre libre de tal modo que éste muera enseguida, el heridor ha de ser tenido por homicida.” Luego, es evidente que cuando el enlace entre el hecho del agente (herida) y el resultado (la muerte) era directo no se presentaba ningún problema: el agente respondía plenamente del efecto producido... y se tenía siempre como directo tal enlace cuando la muerte seguía de inmediato a la herida.”⁴⁰

Trujillo Campos puntualiza que para los prácticos y comentaristas, “el problema de la causalidad, se aborda principalmente en razón de la letalidad

³⁸ Ibidem, pp. 49-50.

³⁹ Cfr. op. cit., pp. 426-427.

⁴⁰ RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, op. cit., pp. 50-51.

de una herida, o sea, la doctrina de la *lethalitas vulneris*, el cual constituye, en realidad, el inmediato antecedente histórico de las modernas elucubraciones teoréticas acerca de la causalidad jurídico-penal.”⁴¹

“Los peritos médicos, observaron –y sus observaciones posteriormente vinieron a asumir la naturaleza e importancia de una doctrina científica-, que una herida puede en algunos casos haber sido causa única de la muerte de un hombre, pero que en otros, la muerte dependía también de otras contingencias, las que, si bien no habían sido la causa directa de la muerte, habían sin embargo, obrado sobre la herida haciéndola mortal; advirtieron también que estas contingencias podían surgir unas veces de circunstancias accidentales supervenientes a la herida, como la curación mal o tardíamente hecha, los excesos de la víctima o una enfermedad natural superveniente que agravó las condiciones de la lesión, en tanto que otras, de circunstancias individuales, esto es, de la constitución enfermiza o de la anormalidad orgánica de la persona herida. Y con base en estas observaciones...otros médicos legistas, dividieron las heridas en absolutamente letales, accidentalmente letales e individualmente letales. En las primeras no había duda de que de ellas derivó la muerte; en las segundas se consideraba que al heridor no debía imputársele la muerte cuando la accidentalidad acontecida no era referible ni conectable con su modo de obrar; y en las terceras, era preciso distinguir el caso en que la constitución enfermiza o la anormalidad orgánica de la víctima fuere preconizada por el heridor, al menos presuntivamente, en cuya hipótesis, dado que era para el previsible la consecuencia letal, debía atribuírsele el homicidio, de aquel otro en que el heridor desconocía la constitución enfermiza o la anomalía orgánica de la víctima, hipótesis ésta en que se le hacía sólo responsable de las lesiones inferidas.”⁴²

Rivas Belandria señala que “la última etapa de esta larga evolución doctrinal se desarrolla precedida por dos rasgos fundamentales, a saber: Se impone la idea de que la letalidad no puede ser excluida de buenas a primeras por cualquier causa superveniente, sino que para decidir sobre su exclusión es

⁴¹ Op. cit., p. 43.

⁴² Ibidem, pp. 44-45.

preciso considerar en concreto todas las circunstancias que concurren en el hecho. El *animus occidendi* juega un papel relevante en la determinación de la letalidad: el enlace entre la herida y la muerte no es resuelto con criterios exclusivamente naturalistas o físicos, como lo haría el médico: al jurista no le es suficiente, en efecto, la consideración de la conducta externa del sujeto, sino que ha de tener en cuenta el propósito interno del mismo que es el que vivifica a aquella y le confiere su verdadero contenido. Más adelante el autor en cita refiere que el concepto de la relación causal como elemento genérico del delito, surge de la famosa polémica sobre el *dolus generalis*...que significa aquella forma especial de dolo que rige la responsabilidad de quien ejecuta un acto con la intención de realizar determinado delito y no lo logra, más luego, creyendo que el resultado propuesto se ha consumado, con miras distintas, ejecuta una segunda acción que es la que realmente produce el efecto primitivamente querido.”⁴³

Haciendo un ejercicio de síntesis, enseguida se señalan algunas de las características más importantes dentro de la evolución de la causalidad que sirvieron de criterio fundamentador para delimitar la responsabilidad penal:

a) El delito de homicidio y lesiones fueron la piedra angular para resolver el problema de la causalidad en el delito.

b) La letalidad de la lesión y las condiciones ya existentes en el pasivo antes de la lesión son determinantes para resolver la responsabilidad penal.

c) Otro criterio para determinar la responsabilidad penal, es cuando el lesionado muere o agrava su situación por culpa propia, por causas imputables a él.

d) Se establece una clasificación de las heridas, para determinar cuando ésta es causa de la muerte:

⁴³Op. cit., pp. 57-58.

1. Absolutamente letales. En estas no hay duda de que de ellas derivó la muerte.

2. Accidentalmente letales. No hay responsabilidad cuando la accidentalidad no es conectable con el modo de obrar del agente.

3. Individualmente letales. Si la condición anómala o enfermiza de la víctima es advertida por el activo, por ende previsible la consecuencia letal, había homicidio; si había un desconocimiento de todo esto, sólo había delito de lesiones.

e) Se estableció un plazo dentro del cual habría de producirse la muerte para considerar causada por las lesiones la muerte resultante (un año un día).

f) Cuando había un enlace directo entre la herida y la muerte acaecida, el sujeto respondía penalmente del efecto producido.

En esta línea del pensamiento, es importante destacar que en nuestro Código Penal Federal, se establecía una temporalidad para poder imputar al agente del delito la causa del resultado en el ilícito de homicidio, según lo disponía el entonces artículo 303, de dicho ordenamiento legal, el cual condicionaba la letalidad de la herida a que la muerte del pasivo se produjera dentro de los sesenta días contados a partir de que había sido lesionado.

Este criterio ha sido sostenido en diferentes Tesis de jurisprudencia por el Poder Judicial de la Federación, mediante las cuales se ha establecido que la causalidad entre las lesiones y la muerte requiere del señalamiento de una dimensión temporal que sólo el legislador puede válidamente fijar, pero cuya omisión origina el riesgo de que por quedar indeterminada e imprecisa la temporalidad dentro de la cual opera legalmente dicha vinculación, se pierda la certidumbre o seguridad de conceptos tan trascendentes para los gobernados, pues por el transcurso del tiempo surge la eventualidad de que causas ajenas a la lesión interfieran en el resultado, dificultando la exacta aplicación de la ley, por omisión de ésta.

Sobre el tema, transcribo el siguiente criterio:

Rubro y texto: LESIONES, LA OMISIÓN EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEON DE PREVER UN PLAZO DENTRO DEL CUAL SE DEBEN TENER COMO MORTALES, VIOLA LAS GARANTIAS DE EXACTA APLICACION DE LA LEY Y DE OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. Para cumplir con las garantías que establecen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 constitucional, la ley penal debe, por un lado, garantizar una adecuada defensa de los procesados y, por otro, señalar los requisitos de certeza necesarios para evitar confusiones y lograr la exacta aplicación de sus disposiciones. En efecto, identificándose el enlace entre las lesiones y la muerte, con una relación natural de causa a efecto, la certeza de esta causalidad requiere del señalamiento de una dimensión temporal que sólo el legislador puede válidamente fijar, pero cuya omisión origina el riesgo de que por quedar indeterminada e imprecisa la temporalidad dentro de la cual opera legalmente dicha vinculación, se pierda la certidumbre o seguridad de conceptos tan trascendentes para los gobernados, pues por el transcurso del tiempo surge la eventualidad de que causas ajenas a la lesión interfieran en el resultado, dificultando la exacta aplicación de la ley, por omisión de ésta. El Código Penal para el Estado de Nuevo León, que entró en vigor el veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y uno, al suprimir el establecimiento del plazo dentro del cual debe tenerse como mortal una lesión, vulnera la garantía de exacta aplicación de la ley, garantía que en su cabal comprensión ha de abarcar tanto los actos propios de aplicación como la ley misma, respecto de la cual se debe exigir la certeza que permita una aplicación precisa a fin de lograr la seguridad jurídica que persigue dicha garantía; además, con la indeterminación temporal se conculcan las formalidades procesales de defensa pues se pierden, debilitan o desvanecen las posibilidades de obtener los elementos de convicción que habrían de aportarse para demostrar hechos distintos a los originalmente imputados y allegar al proceso, en consecuencia, los que resulten idóneos, conducentes y eficaces en relación con el delito que finalmente se le atribuya al procesado. Entonces, al no estar concebido el Código Penal de que se trata, específicamente en sus artículos 308, 309 y 312, de manera tal que los destinatarios de dichas normas tengan la certeza de los hechos que se les imputan y se garantice así su audiencia respecto de hechos ciertos, ha de considerarse que tal ordenamiento sustantivo, en lo relativo, es violatorio de la Constitución General de la República.

Precedentes: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: I, Mayo de 1995, Tesis: P. VIII/95, Página: 86. Amparo directo en revisión 670/93. Reynaldo Álvaro Pérez Tijerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de mayo en curso, por unanimidad de ocho votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios y Olga María Sánchez Cordero; aprobó, con el número VIII/95 (9a.) la tesis que

antecede. México, Distrito Federal, a quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Debe decirse que los antecedentes históricos de la causalidad que se acaban de conocer, pueden considerarse como el fundamento en la construcción dogmática de los artículos 303, 304 y 305, de nuestro Código Penal Federal, lugar donde se trata el problema de la causalidad en el delito.

1.5. Estructura de la causalidad

Corresponde ahora conocer el contenido de la estructura de la causalidad, en donde existe un consenso generalizado en considerar que dentro de ésta se hallan, la acción, el resultado y el nexo de causalidad; en su estructura existen diferentes niveles analíticos de estudio, los cuales no pueden coexistir el uno sin el otro, es decir, de manera autónoma, pues de lo contrario, no podremos hablar de una estructura de la causalidad, y mucho menos de la causalidad en sí.

En un primer nivel de análisis, deberá estudiarse la acción, en un segundo estadio, el resultado y en un tercer y último nivel analítico, deberá observarse, si entre la acción y el resultado, existe una relación que los una, un nexo de causalidad, de ser así, estaremos en aptitud de decir, que una determinada acción humana fue la que provocó el resultado típico, dado el nexo de causalidad entre aquella y éste.

1.5.1. La acción

En este orden de ideas, es menester ahora saber en primer lugar, qué es la acción. Por acción deberá entenderse todo movimiento corporal voluntario de relevancia penal por estar penalmente prohibido.

Para von Liszt, "acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad. (El acto es la voluntad objetivada). Se entiende por manifestación de voluntad,

toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia, física o psicológica, está determinada (motivada), por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo.”⁴⁴

A decir de Antolisei, “la acción (en sentido estricto) consiste en un movimiento del cuerpo del sujeto. En esta forma de comportamiento, la fuerza síquica actúa sobre los nervios motores, los cuales determinan movimientos musculares, que representan cabalmente la manifestación exterior de la voluntad del sujeto.”⁴⁵

Mezger refiere que “el querer y el movimiento corporal precisan hallarse en la acción en relación de causalidad. A la acción pertenece todo lo que ha sido causado por el querer y por el movimiento corporal determinado por el querer...La teoría jurídico penal de la acción se limita a preguntar qué es lo que ha sido causado por el querer del agente, cuál es el efecto producido por dicho querer. Todos los efectos del querer del sujeto que actúa son partes integrantes de la acción. Para la teoría jurídico penal de acción es irrelevante si, y hasta que extremo, estos efectos han sido también contenido de la consecuencia y del querer del agente...Para afirmar que existe una acción basta la certidumbre de que el sujeto ha actuado voluntariamente.”⁴⁶

Rivas Belandria sostiene que “en derecho penal se entiende por acción, una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo y produce una modificación en el mundo exterior. Así entendida la acción comprende tanto el hacer positivo (acción en sentido estricto) como el no hacer (omisión). La acción esta integrada por dos elementos intrínsecos, la voluntad y la conducta exterior. La voluntad consiste en el querer interno del sujeto en orden a determinada actuación. Es la libre determinación del espíritu que provoca el movimiento de un músculo o su detención...En su manifestación exterior la acción puede tomar una forma positiva o una forma negativa, según consista:

⁴⁴ LISZT, FRAN VON, Tratado de Derecho Penal, T. II, Trad. Luis Jiménez de Asúa, 2ª ed., Madrid, Ed. Reus, S. A., 1927, p. 285.

⁴⁵ Op. cit., p. 154.

⁴⁶ Op. cit., p. 201.

en un movimiento corpóreo, en un movimiento muscular, en un hecho, en una actividad, en sentido estricto (comisión) o, en una inmovilidad corporal, en una inacción muscular, en no hacer algo, en una atractividad (omisión).”⁴⁷

A modo de conclusión, se pueden establecer como características de la acción, las siguientes:

- a) Necesariamente deberá tratarse de una conducta humana.
- b) Movimiento corporal.
- c) Voluntariedad del acto.
- d) Abarca tanto el hacer, como el no hacer (acción u omisión), según sea el caso.
- e) Es el presupuesto del resultado.

1.5.2. El resultado

En segundo lugar, toca conocer qué es el resultado.⁴⁸ El resultado es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza.

“Resultado es sinónimo de efecto, remite a la realización de un estado de hecho, de una situación en relación con el principio de causalidad. Resultado no es, por tanto, propiamente todo hecho, sino el acaecimiento que se presenta vinculado a otro hecho mediante un nexo causal; y como en el ámbito del derecho se considera en primera línea la conducta del hombre, de

⁴⁷ Op. cit., pp. 36-37.

⁴⁸ El resultado en el delito tiene gran importancia en el tema de la tentativa, pues invariablemente se dice que se ejecuta el acto y no se produce el resultado, a pesar de que muchos delitos hay en que el acto no tiene resultado y de que los mismos quedan en grado de tentativa por no realizarse el tipo penal. Incluso algunos autores, en cambio, consideran tan imprescindible el resultado para que pueda sancionarse una conducta, que lo buscan aún en la tentativa. Consúltese a VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit., p. 238.

ordinario por resultado se entiende el efecto de esa conducta.”⁴⁹ “Resultado es el efecto o consecuencia de la acción. Consiste en el cambio producido en el mundo exterior.”⁵⁰

“La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto de acto exige, pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas. Nosotros llamamos resultado a ese cambio, perceptible por los sentidos.”⁵¹

Porte Petit, sostiene que “por dos causas se analizan las corrientes del pensamiento tendientes a elaborar el concepto de resultado: Una que estudia el resultado desde un punto de vista naturalístico (concepción naturalística), y, otra, que mira el resultado desde un plano jurídico (concepción jurídico o formal). La concepción naturalística o material considera el resultado natural del comportamiento humano...Existe resultado material, cuando se produce una mutación en el mundo exterior de la naturaleza física, anatómica, fisiológica, psíquica o económica, descrita por el tipo... Para la concepción jurídica o formal, el resultado ha de encontrarse en forma diversa a la concepción naturalística o sea como una mutación o cambio en el mundo jurídico o “inmaterial”, al lesionarse o poner en peligro un bien jurídicamente tutelado.”⁵²

Dada la anterior definición, hay que preguntarse ahora, si todos los resultados tienen importancia para el problema de la causalidad penal, o bien solamente algunas especies de resultado.

Sobre este punto, pienso que solo son motivo de estudio para el problema de la causalidad en el delito, aquellos resultados que por ser antijurídicos adquieren una relevancia penal, por estar penalmente prohibidos y

⁴⁹ ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., p. 158.

⁵⁰ RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, op. cit., p. 39.

⁵¹ LISZT, FRANZ VON, op. cit., p. 288.

⁵² PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, T. I, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1978, pp. 326-328.

contenidos en un tipo penal y que son el efecto de la acción u omisión del hombre. Consecuentemente, no adquieren relevancia penal, los efectos o resultados producidos por la naturaleza, con el carácter de causa y efecto, piénsese en los casos fortuitos ocasionados por terremotos, lluvias o la caída de un rayo que priva de la vida a un sujeto o destruye una propiedad.

Trujillo Campos refiere que la actuación del hombre es la que produce modificaciones en el mundo exterior, y sobre este punto dice que “el resultado es el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal. Si el delito es siempre un acto humano, una conducta y si esta consiste invariablemente en una manifestación de voluntad, es decir, en la actuación exterior del hombre, toda conducta en cuanto obra o actúa sobre el mundo exterior, material o físico, constituye un factor causal. La acción humana en cuanto implica un movimiento corporal, es una fuerza física o mecánica. Como tal, determina necesariamente modificaciones en el mundo exterior, las cuales, según el conocido postulado de la indestructibilidad de la materia, no son sino cambios de la materia misma. Por esto, toda actuación del hombre produce cambios en el mundo exterior, modificaciones materiales del mundo que circunda al autor de la conducta.”⁵³

“No todos los efectos naturales de la conducta adquieren la categoría de resultado, pues no todos los resultados de la acción del hombre interesan al derecho. Solo alguno o algunos de estos efectos llegan a alcanzar la categoría técnico- jurídica de resultado, debido a que entran a formar parte del tipo, ya como elemento configurador del mismo, ya como circunstancia agravante. No es resultado cualquier efecto de la acción, sino solo el que la ley tomó en consideración porque conecta a verificación de aquellas consecuencias de carácter penal, o sea, el efecto relevante para el derecho.”⁵⁴

El resultado, explica Jiménez de Asúa, “no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto y efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es resultado la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la

⁵³ Op. cit., pp. 16-17.

⁵⁴ Ibidem, p. 17.

injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además lo es el riesgo o el daño potencial y el peligro corrido de que habló Carrara. No debemos extender el concepto de resultado hasta identificarlo con todos los efectos del delito. A menudo podemos escribir el término efecto, como sinónimo de resultado; pero en tal caso se usa aquel vocablo como efecto directo y estricto del acto humano. En cambio si se emplea sin aclaraciones la palabra efectos se corre el riesgo de dar a esta voz una extensión indebida.⁵⁵

En México, Jiménez Huerta en su obra Derecho Penal Mexicano, ha sostenido que “el concepto de resultado típico se integra, de dos elementos que se funden en un todo: uno, exclusivamente naturalístico, representado por una mutación del mundo exterior; otro, inequívocamente normativo, en cuanto sin la consideración de la figura típica no es posible elegir de todo el complejo de consecuencias naturales de una conducta, aquella que es relevante para la singular figura del delito.”⁵⁶ “Resultado, en sentido típico, es solamente el efecto de la conducta que el derecho toma en consideración, en cuanto conecta a su producción consecuencias de carácter penal.”⁵⁷

Establecido lo anterior, es importante cuestionarse ahora, si es posible que puedan existir delitos sin resultado.⁵⁸

Pienso que no es concebible la idea de que puedan existir en el mundo de relación delitos sin resultado, pues en primer lugar si estamos hablando de

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Teoría del delito, México, Ed. IURE Editores, Colección Textos Jurídicos, 2002, pp. 96-97.

⁵⁶ Op. cit., p. 142.

⁵⁷ Ibidem, p. 143.

⁵⁸ No obstante lo anterior, es importante resaltar que existen autores como Rivas Belandria, que sostienen que en la dogmática jurídico penal existen dos posiciones encontradas al abordar el cuestionamiento antes planteado, y se trata precisamente de la dogmática alemana e italiana. Para los primeros, prevalece la respuesta afirmativa: al lado de los delitos con resultado se reconoce la categoría de los delitos llamados de acción o delitos de pura actividad, tales serían, por ejemplo el falso testimonio, la calumnia, la injuria etc. En la literatura jurídico penal italiana, la opinión dominante se ha mostrado en contra de los delitos sin resultado, al admitir que estos, aunque no sean concebibles de una manera material, siempre existen en sentido jurídico. No estamos de acuerdo con esta división tajante, que hace el autor en cita, entre alemanes e italianos, dado que de la bibliografía consultada, ésta contradice dicha postura, dado que hay alemanes que sostienen que en todo delito debe existir siempre un resultado, y por otra parte, existen italianos, que dicen que el resultado no es elemento esencial del delito, posiciones que serán abordadas en el cuerpo del presente apartado. Cfr. Rivas Belandria, José Juan, op. cit., p. 40.

delitos, estos no pueden aflorar al mundo jurídico sin la existencia de un resultado de relevancia penal como lo es precisamente, que se trate de un resultado típico y antijurídico; luego, cualquier otro tipo de resultado carece de relevancia penal y por lo tanto no es de tomarse en cuenta; sin embargo, es evidente que todas las figuras delictivas contenidas en la ley penal requieren de un resultado, ya sea formal o material, es decir, como aquellos en donde el tipo se agota con el simple movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo, por ejemplo, la portación de arma de fuego, la simple posesión de algún narcótico y el allanamiento de morada; y como modificación o mutación en el mundo fáctico, es decir, que requieren en adición al movimiento corporal, de un resultado externo, por ejemplo las lesiones, el homicidio y el daño en propiedad ajena.

Porte Petit, explica “que 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 y 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, es decir, una lesión a la norma jurídica. 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 jurídica y material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión).

Entendido así el resultado, nadie puede negar la verdad del principio: de que no hay delito sin resultado jurídico, ya se trate de delitos que tienen únicamente resultado jurídico o jurídico y material.

Si se concluye que todos los delitos tienen resultado (jurídico), ¿es correcto sostener la clasificación de los delitos de mera conducta o formales y de resultado o materiales? Sí, en tanto se refieran a un resultado material.

Si un tipo requiere en unos casos una mera conducta, y en otros, un resultado material, no puede negarse la existencia de delitos de mera conducta o materiales, no significa esto que el delito no tiene resultado, pues el delito de mera conducta tiene un resultado jurídico, y el delito material, un resultado jurídico y material.”⁵⁹

La confusión en la literatura proviene, quizá, puntualiza Villalobos⁶⁰, de los diversos modos en que se considera el resultado, pues para algunos éste no es sino la realización típica; otros buscan una especie de resultado jurídico, que puede ser formal o material; y otros, por fin, atendemos simplemente al resultado natural o lógico del acto, en cuanto es o no exigido en el tipo. En la primera tendencia, a decir del autor en cita, la de quienes no buscan un resultado desprendido del acto sino que toman el acto mismo (con o sin resultado) como realización del un tipo penal y como “resultado”, es claro que todo delito es de resultado puesto que no hay delito sin tipicidad. De lo antes expuesto, se pone de relieve, que para este autor, no existe delito sin resultado, trátase de delitos de resultado formal o material.

En una clara oposición a las concepciones que aceptan la existencia del resultado en todos los delitos, se encuentra la de Antolisei, quien en su obra Manual de Derecho Penal, refiere que “el resultado no es un elemento que se de siempre en el delito. Existen delitos que carecen de resultado, el cual, por lo tanto, no se puede considerar elemento esencial del delito.”⁶¹ Este criterio resulta equivocado por las consideraciones ya apuntadas, y por supuesto no encaja en nuestro Derecho Penal Mexicano.

En razón de lo anterior, puede concluirse lo siguiente:

a) El resultado es el efecto de la acción (conducta).

⁵⁹ Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, op. cit., pp. 328-329.

⁶⁰ Cfr. VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit. p. 236.

⁶¹ Op. cit., p. 159.

- b) El resultado es modificación, alteración, mutación en el mundo exterior.
- c) El resultado puede ser jurídico o material.
- d) El resultado debe tener necesariamente relevancia penal.
- e) No hay delitos sin resultado, ya que este puede ser jurídico o material.

1.5.3. El nexo de causalidad

En el tercer nivel de análisis se encuentra la relación de causalidad. Así, necesariamente debe existir en el delito, una relación causal entre la acción (positiva o negativa) y el resultado. En el delito, no tenemos de un lado las acciones ejecutadas o esperadas, y del otro, el resultado sobrevenido, independientes la una del otro, sino que la acción produce el resultado. Estamos, frente a una relación causal, la acción obra como causa del resultado. Y esta relación causal debe existir siempre para que el resultado pueda ser atribuido al autor de la acción.

Para von Liszt, “a los dos elementos del concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes de un todo: la relación del resultado con la manifestación de la voluntad. Esta relación existe objetivamente, cuando el resultado es causado o no impedido (en contra de un deber) por la manifestación de voluntad; es decir, cuando entre ésta y aquél existe una conexión causal o una relación analógica. Esta relación existe subjetivamente, cuando el agente en el momento de la manifestación de la voluntad, ha previsto, o pudo prever, el resultado; es decir, cuando culpablemente ha causado o no impedido el resultado. Aquí se enlazan los conceptos dolo y culpa.”⁶²

⁶² Op. cit., pp. 289-290.

Porte Petit en su excelsa obra Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, puntualiza que “existe nexo causal cuando suprimida la conducta, no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad.”⁶³

“En todos los delitos que presuponen un resultado antijurídico, delimitado a partir de una conducta típica, sólo se da un delito consumado, recién cuando este resultado se realiza y al autor, en razón de su conducta típica, se le imputa objetivamente ese actuar (doloso o culposo) o esa omisión (dolosa o culposa) como su obra. El fundamento para la imputación del resultado está conformado por la existencia de una relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado antijurídico. La posibilidad de considerar a un determinado resultado como obra de un hombre sólo se da desde el principio, allí donde tal resultado pueda en alguna forma atribuirse a la acción u omisión del hombre.”⁶⁴

“Desde el punto de vista jus penalístico, el nexo causal equivale a relación; es la conexión o el enlace existente entre la conducta y su resultado material y su importancia resulta evidente, pues sólo resolviendo la cuestión de si una conducta está en relación de causa a efecto con su resultado material, es posible la integración del hecho, primer elemento objetivo del delito. En efecto, no se podrá atribuir al sujeto un determinado resultado mientras no se haya demostrado que éste se encuentra en relación de causalidad con la acción o la omisión de aquél.”⁶⁵

Explicado lo anterior, y en virtud de que ya fue tratado el concepto penal de causalidad, en donde se trató precisamente el nexo de causalidad, únicamente resta por el momento, formularse la siguiente pregunta, ¿en qué clase de delitos se puede plantear el problema del nexo causal?.

⁶³ Op. cit., p. 335.

⁶⁴ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, Causalidad e imputación objetiva, Trad. Claudia, López Díaz, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios No. 13, 1998, p. 13.

⁶⁵ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit., pp. 63-64.

Consideramos que el nexo de causalidad tiene importancia únicamente en los delitos de resultado material, en donde necesariamente existe una mutación o modificación en el mundo exterior, no así en los delitos de mera actividad, o llamados también de resultado formal, dado que si bien es cierto, en éstas especies de delitos se requiere únicamente de un movimiento corporal voluntario para vulnerar la norma jurídica, lo cierto es que no se requiere de una modificación en el mundo fáctico, en donde surge la llamada relación de causalidad o nexo de causalidad.

En el artículo 7º del Código Penal Federal, se hace referencia perfectamente a los delitos de resultado material, en tratándose de la omisión impropia, y se pone de relieve que en éstos ciertamente existe una relación de causalidad entre el resultado material y la conducta del agente que omite impedirlo. Se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine en primer lugar, que se trata de un delito de resultado material, que el que omite impedirlo tenía el deber jurídico de actuar para ello, es decir, para evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Luego, en nuestro Derecho Penal, se requiere de un resultado material, para que exista nexo de causalidad.

Para Pavón Vasconcelos, “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 de comisión por omisión en los que siempre se da un resultado de la misma naturaleza.”⁶⁶

Porte Petit al cuestionarse si existe nexo de causalidad en todo los delitos, sostiene que “es indudable que el nexo causal como elemento del hecho, existe entre la conducta y un resultado material; por tanto, se trata de un nexo naturalístico, que se da solamente en los delitos de resultado material.”⁶⁷

Congruente con lo anterior, para Jiménez Huerta “sólo es conectable a aquéllas figuras delictivas cuya estructura exija un resultado fáctico, y no

⁶⁶ Ibidem, p. 63.

⁶⁷ Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, op. cit., p. 336.

también a aquellas otras que se integran únicamente por un comportamiento típico. Un nexo causal entre comportamiento y resultado precisase para la integración de las figuras típicas que exigen un resultado fáctico, pues si dicho nexo no tuviera existencia, el resultado aparecería como un acontecimiento totalmente desligado del comportamiento del sujeto y sin relación alguna con él. Para que una modificación del mundo externo (resultado) pueda ser atribuida a un hombre, necesario es que se haya verificado como consecuencia de su acción; en otros términos, que entre una y otra exista una relación de causalidad.”⁶⁸

Medina Peñaloza, destaca “que conforme a su proceso de tipificación los Códigos Penales contienen tipos que pueden agruparse en dos amplios sectores: Los delitos de simple actividad, en los que no se presenta un problema de causalidad, porque la acción es típica cuando corresponde a la descripción contenida en el tipo. Los delitos llamados de resultado, en los que se está frente a tipos que desvalorizan un determinado resultado, de modo que la acción como tal, sin la prosecución de la cadena causal no admite un juicio de disvalor, como por ejemplo, en el delito de homicidio, donde importa el resultado de privación de la vida, con independencia de los medios empleados (arma de fuego, arma blanca, golpes) o los otros elementos especificadores del injusto...Tratándose del segundo grupo de casos, la estimación de un delito consumado depende de la producción del resultado típico, siendo precisamente aquí, donde la *teoría penal de la causalidad*, como la califica Baumann, presenta algunos problemas, supuesto que a la causalidad, como concepto jurídico y no meramente natural, le corresponde elegir entre la multitud de las acciones, aquellas que han producido o contribuido al resultado de disvalor, y que *per se* merecen ellas mismas un juicio de desvalorización.”⁶⁹

⁶⁸ Op. cit., p. 148.

⁶⁹ MEDINA PEÑALOZA, SERGIO J., Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva, 2ª ed., México, Ed. Ángel Editor, 2003, pp. 240-241.

Como conclusión se puede afirmar lo siguiente:

a) La relación de causalidad implica necesariamente de un nexo entre la manifestación de la voluntad y el resultado.

b) Para hablar de causalidad, necesariamente la conducta deberá ser generadora del resultado.

c) Al poder establecer si existe relación entre la conducta y el resultado, se estará en aptitud de integrar el primer elemento objetivo del delito.

d) Establecido el primer elemento objetivo del delito, también se podrá estar en aptitud en un primer nivel de imputación, si el resultado es atribuible a un determinado sujeto como su propia obra; ello con independencia del juicio de culpabilidad.

e) Existe nexo de causalidad únicamente en los delitos de resultado material, ubicándose aquí también los delitos de comisión por omisión, que requieren igualmente de un resultado material, no así los de resultado puramente formal.

1.6. Teorías de la causalidad

Adquiere capital importancia el estudio de las diferentes teorías de la causalidad para poder determinar la responsabilidad penal, y dado que el objetivo principal del trabajo de investigación que se presenta, es determinar si la teoría de la imputación objetiva puede servir de herramienta práctica en nuestro Derecho Penal para dar solución a casos de responsabilidad penal médica derivada de la comisión de un delito culposo, es necesario entonces, conocer el contenido de las diversas teorías a que se hace referencia, para de esta manera entender los criterios que atribuyen a una o varias condiciones la causa del resultado, por ende, determinar la responsabilidad penal.

Antes de iniciar el estudio del contenido de las diferentes teorías que han sido elaboradas por los especialistas a fin de dar solución al problema de la causalidad en el delito, es importante hacer una breve referencia de los criterios que han existido para su clasificación.

Jiménez de Asúa sostiene: “la división bipartita: tendencias individualizadoras y generalizadoras. No la acogemos, porque no sólo es difícil fijar el criterio individualizador o generalizador de ciertos autores, sino porque se ha entendido de muy diverso modo. La tesis que nos parece correcta denomina individualizadoras a las que buscan en cada caso concreto la causa del resultado, y en tal sentido, como von Liszt señala, es individualizadora su doctrina de la equivalencia de las condiciones; en cambio repútese generalizadora la que da reglas para distinguir en general la causa de la condición, y en este sentido ha de enclavarse en este último grupo la teoría de la causalidad adecuada.”⁷⁰

En México, Porte Petit en su obra *Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal*, agrupa las diversas teorías en dos familias: “a) Aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado (generalizadora); y b) Las que entresacan de todas las condiciones, una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal, cuantitativa o cualitativa (individualizadora).”⁷¹

He de adherirme a ésta última tendencia, por ser más clara para entender la clasificación de las diversas teorías de la causalidad.

1.6.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

En la secuela delictiva, existen varias condiciones que pueden adquirir el carácter de causa del resultado, algunas además pueden tener mayor relevancia que otras, sin embargo, para la teoría de la equivalencia de las

⁷⁰ Tratado de Derecho Penal, T. III, op. cit. p. 443.

⁷¹ Op. cit., p. 336.

condiciones, todas son de igual valor (son equivalentes) para producir el resultado.

Históricamente es la primera teoría que intenta explicar cuando un resultado es consecuencia de una acción. Surge bajo el imperio de las concepciones naturalistas y positivistas.

Reyes Alvarado, señala que “la primera consideración sistemática que de la causalidad empleó el derecho penal surgió a partir de los trabajos de Jhon Stuart Mill, quien en 1843 señaló que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes los que generan efectos. En el mismo sentido precisó von Buri años después que no solamente la suma de una diversidad de elementos es causa de un fenómeno sino que además cada una de esas fuerzas individualmente considerada es a su vez causa del resultado. A partir de entonces se generalizó la idea de que cada una de las condiciones que contribuyen para el surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los varios factores determinantes del resultado tiene una importancia superior a los demás, sino que, por el contrario, poseen todos un valor equivalente, pues sólo su conjunción posibilitó el resultado. Son esas particularidades las que han permitido que la mencionada tesis se conozca con el nombre de “teoría de las condiciones” o “teoría de la equivalencia de las condiciones”. De esta manera, si se pretende explicar desde un punto de vista causal que un sujeto ha hurtado un reloj, son tan importantes las circunstancias de que el reloj haya sido fabricado, vendido y, posteriormente empleado por quien a la postre fue víctima del ilícito, como el hecho de que un sujeto se lo haya arrebatado violentamente a su legítimo poseedor. Como quiera que las anteriores afirmaciones no constituyen nada diverso al reconocimiento de las características fundamentales de la relación causal, pero en modo alguno revelan un mecanismo para atribuir a un factor la categoría de causa, simultáneamente se propuso el empleo de una fórmula denominada *conditio sine qua non* de acuerdo con la cual un acontecimiento es causa de un resultado cuando puede ser suprimido mentalmente sin que el mencionado resultado desaparezca, así

por ejemplo, en el caso arriba mencionado suprimimos mentalmente la acción desplegada por quien se apodera violentamente del reloj, concluiremos que su legítimo propietario seguiría en poder de él, esto es, la aprehensión como resultado desaparecería y en consecuencia podríamos afirmar que quien arrebató el objeto fue causa del hurto.”⁷²

La teoría de la equivalencia, a decir de Roxin, “trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *conditio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así por ejemplo, si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su vehículo e invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pues si se le suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Pero también es causal la víctima del accidente, ya que si se suprime mentalmente su conducción, tampoco se hubiera originado el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches, y además otras personas que hayan motivado a la conducción de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que han influido en el suceso (por ejemplo, la construcción de la calzada, la invención del motor,). Por consiguiente, no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual valor) todas las condiciones, y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre la teoría de la equivalencia.”⁷³

“La teoría de la equivalencia de las condiciones, es una teoría jurídica discrepante del uso filosófico del lenguaje, en cuanto que para ella la causa no radica en la suma de todas las condiciones de un resultado, sino en cada

⁷² REYES ALVARADO, YESID, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1996, pp. 8-11.

⁷³ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, parte general, fundamentos, (La estructura de la teoría del delito)*, T. I, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., España, Ed. Civitas, 2001, pp. 347-348.

condición individual, aunque la misma sólo provoque el resultado en su conjunción con otras muchas. Por tanto, la teoría de la equivalencia trata a cada causa parcial como causa autónoma; y lo hace, porque en la jurisprudencia (ciencia del Derecho) lo que importa no es la totalidad de las condiciones, sino sólo comprobar la conexión o nexo entre un determinado acto humano con el resultado.”⁷⁴

Rudolphi, puntualiza que “en el caso particular el juez debe constatar, con la ayuda de esta fórmula de la *conditio sine qua non*, la causalidad de una acción para el resultado, en tal forma que él compare el curso causal real con uno hipotético y se pregunte si el resultado concreto también se hubiese realizado sin la acción del autor.”⁷⁵

Congruente con el criterio anterior, Altavilla, pone de relieve que “en esta teoría, si al eliminar un antecedente, viene a desaparecer un subsecuente que se producía de manera constante, tendremos la prueba de que el uno es causa del otro. Y como esto impone un proceso abstracto de descomposición del fenómeno, se habla de un sistema lógico de identificación. Hemos de reconocer, que este sistema, a pesar de sus empíricos caracteres aproximativos, representa el criterio a que normalmente el juez es llevado por su experiencia, cuando no cuenta con el auxilio de oportunos sistemas científicos de indagación.”⁷⁶

Esta teoría, a decir de Jiménez de Asúa “rechaza la distinción de las condiciones y las considera equivalente en la producción del resultado. Antes que una de las condiciones –cualquiera de ellas- se asocie a las demás, resultan todas ineficaces y la consecuencia no se produce; es decir, que al unirse dicha condición ha causado la causalidad de las otras, y, por tanto, cada coactividad causa –en este sentido- toda la consecuencia. No habrá tal consecuencia en concreto si se elimina una de las condiciones o antecedentes. Cada condición causa la consecuencia, desde el punto de vista

⁷⁴ Ibidem, p. 348.

⁷⁵ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, op. cit., p. 14.

⁷⁶ ALTAVILLA, ENRICO, La culpa. (El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sociológico), 4ª ed. Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1987, pp. 90-91.

negativo, no positivo. En suma toda condición debe ser tenida como causa del resultado.”⁷⁷

Para Jiménez Huerta, “no es posible según esta teoría, dar especial relieve dentro de los innumerables precedentes causales de un fenómeno a un determinado precedente o condición, para hacerlo surgir con la categoría de causa, pues tal valor solo puede tenerlo el conjunto de todas las condiciones concurrentes en la producción del resultado; pero como, por otra parte, cada condición que concurre a la causación del resultado es circunstancia determinante de su producción, toda condición es causa necesaria del mismo. El comportamiento humano debe considerarse, por tanto, causa de un resultado, siempre que sin él no hubiere acaecido, aún en el caso en que el resultado fuere una consecuencia anormal de la acción, o en que ésta careciera por si sola de potencialidad causal para producirle. Todas las condiciones -y entre ellas el comportamiento humano- que cooperan en la producción de un resultado son equivalentes en su producción.”⁷⁸

Para von Liszt,⁷⁹ su doctrina se expone con carácter individualizador partiendo de esta premisa: El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando este no hubiera tenido lugar sin aquel; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejarse de producir el resultado ocurrido (conditio sine qua non). Naturalmente que de este modo solo consideramos el resultado en su forma concreta. Por eso concluye von Liszt diciendo: todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor. La concausa se considera también como causa en sentido jurídico. Y la aparición simultánea o sucesiva, de concausas no excluye la noción de aquella.

⁷⁷ Tratado de Derecho Penal, T. III, pp. 475-476.

⁷⁸ Op. cit., p. 150

⁷⁹ Cfr. Op. cit., pp. 292-293.

Dado que para esta teoría, tienen igual valor para determinar el resultado, todas las condiciones que han contribuido para su producción, considero que resulta innegable desde el punto de vista del derecho penal, que la equivalencia de las condiciones amplía en forma ilimitada el ámbito de la responsabilidad penal, independientemente de si se examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro, situación que provoca una inseguridad jurídica para todos aquellos sujetos que de una u otra forma hayan aportado con su conducta humana alguna condición para provocar el resultado, quienes pueden ser al final de cuentas, sujetos de imputación.

En este sentido se pronuncia Reyes Alvarado⁸⁰, al establecer que si esta teoría admite que es causa todo aquel factor que no puede ser mentalmente suprimido sin que el resultado desaparezca, se evidencia como condición previa indispensable la selección de un factor que pueda ser luego imaginariamente suprimido, con lo cual queda sin explicación como debe llevarse a cabo esa escogencia previa del elemento sometido a examen; en otras palabras dice el autor en cita, si tomamos la conducta negligente del médico que por un equivocado diagnóstico posibilitó la muerte de quien solo había sido levemente herido y la suprimimos mentalmente el resultado ciertamente desaparecerá; pero se cuestiona Reyes Alvarado ¿Por qué debe seleccionarse para dicha prueba la conducta del médico y no la que inicialmente hirió levemente a la víctima?; ¿Por qué no la del fabricante del arma empleada o al progenitor del agresor?. Como quiera que la *conditio sine qua non* no está en capacidad de responder a esta interrogante resulta claro que la aplicación de dicha fórmula no permite determinar una causa sino que presupone su conocimiento. Ello se manifiesta con mayor vehemencia cuando nos hayamos frente a casos en los cuales es absolutamente desconocido el poder causal de determinado factor, ya que frente a una tal ignorancia es totalmente inoperante la *conditio sine qua non*, tal como quedo demostrado en Alemania durante la década de los setentas con los procesos de la talidomida; en ellos se trataba de determinar si un tranquilizante ingerido bajo prescripción médica por mujeres embarazadas había provocado malformaciones fetales, es

⁸⁰ Cfr. Op. cit., pp. 14-15.

decir si la talidomida era o no la causa de esas lesiones; como quiera que la existencia de esa relación causal era científicamente incierta, resultaba imposible recurrir al empleo de la *conditio sine qua non* porque suprimido mentalmente el medicamento no podía concluirse si las malformaciones desaparecerían o no.

“La formula de la *conditio sine qua non* de la teoría de la condición, fracasa por lo general allí donde el resultado concreto, si se hace abstracción de la acción del autor hubiera tenido cumplimiento en la misma forma, con base en otra causa ya existente (la denominada causalidad hipotética). Lo mismo tiene valides en los casos en que varias condiciones de las cuales cada una por si sola habría sido suficiente para la causación del resultado, concurren para la causación concreta del resultado (la denominada causalidad doble). Un ejemplo lo constituye el caso en que A y B independientemente uno del otro, respectivamente cada uno suministra una cantidad mortal del mismo veneno en los alimentos de C.”⁸¹

Roxin en su obra *Derecho Penal, parte general*, sostiene que la teoría de la equivalencia de las condiciones “no sólo es inútil, sino que puede inducir a error. Ello sucede especialmente en ciertos casos de causalidad hipotética y alternativa. Así por ejemplo, si se reprocha a alguien haber realizado un fusilamiento ilícito en guerra y el mismo alega que, si se hubiera negado, otro hubiera efectuado el fusilamiento exactamente de la misma manera, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que desaparezca el resultado. Pero naturalmente no falta la causalidad de su conducta; pues si se quisiera negarlo, entonces, dado que la conducta hipotética del segundo soldado tampoco habría sido causal, se llegaría al absurdo resultado de que la muerte de la víctima se habría producido sin causa.”⁸²

Para Jiménez Huerta la teoría de la equivalencia de las condiciones “es insuficiente para resolver el problema que se plantea en el ámbito del derecho penal consistente en dilucidar si un resultado dado ha sido producido por una

⁸¹ RUDOLPH, HANS-JOACHIM, *op. cit.*, p. 16.

⁸² *Op. cit.*, p. 350.

concreta conducta, pues como las condiciones diversas del comportamiento humano son intrascendentes en el enjuiciamiento penal, en donde solo tiene valor la causalidad humana, la equivalencia lógica de las condiciones deviene desde el punto de vista jurídico-penal en exclusiva causalidad humana, aún en el caso en que el resultado se hubiere producido por un acontecimiento totalmente diverso de la acción. Conforme a esta teoría el que hiere a una persona que después fallece a consecuencia de un incendio en el hospital o de un accidente de tránsito al ser llevada al puesto de socorros, ha causado el resultado de muerte aunque la herida que hubiere inferido fuere de escasa importancia. El error fundamental de la teoría de la equivalencia de las condiciones radica en su propia esencia, esto es, en nivelar todas las condiciones.⁸³ En suma, es así suficiente según esta teoría, para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal, el haber dado vida a cualquier condición.

A la teoría de la condición le ha sido reprochado “que supone una extensión excesiva del concepto de causa, extensión que conduce a resultados contrarios a las exigencias del Derecho y al sentimiento de justicia. También esta doctrina conduce a una desmedida extensión del concepto de causa y de la responsabilidad que no puede aceptarse...estos excesos llevan a resultados inadmisibles en el procedimiento penal, al grado de que, según los postulados de la teoría, todo mundo resultaría culpable de todo”.⁸⁴ En este sentido se puede decir, que según esta teoría, toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que con ello desaparezca el resultado en su forma concreta es causa; por tanto, si toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado, todas puede considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causa y condiciones.

Para disminuir el exagerado alcance a que se puede llegar en la investigación de las causas remotas dentro de un proceso causal, a decir de Pavón Vasconcelos, “se han creado correctivos a la teoría, siendo los principales los llamados correctivos de la culpabilidad y el de la prohibición de retroceso. Ambos correctivos sostienen en síntesis, que el investigador debe

⁸³ Op. cit., pp. 151-152.

⁸⁴ TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., pp. 57-58.

detenerse allí en donde se encuentra una condición con un contenido de dolo o de culpa; no debe continuarse en la investigación, en el examen de condiciones causales que resultan ya ajenas, por así decirlo, al hecho contemplado en relación a la culpabilidad del agente.”⁸⁵

En conclusión, para esta teoría, causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren en la producción del resultado. Además, cada una de estas condiciones causales es equivalente en su valor causal, todas las condiciones tienen el mismo valor entre sí. Para comprobar que una condición es causa del resultado, la teoría de la condición, recurre a una fórmula hipotética, consistente en que una condición se comprueba cuando hipotéticamente suprimida dicha condición el resultado no se produce. Es decir, esta fórmula hipotética de suprimir una de las condiciones causales lleva a determinar si esa condición ha sido o no causa en la realización del fenómeno considerado. Sin embargo, y dada la formulación de dicha teoría, considero que una de las más fuertes críticas enderezadas contra la equivalencia de las condiciones, lo es precisamente su excesiva extensión del concepto de causa y, por lo tanto, de la responsabilidad penal.

1.6.2. Teoría de la causalidad adecuada

Del contenido de la doctrina consultada, se advierte que la teoría de la causalidad adecuada, surge como una necesidad de suplir las deficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, así como para contrarrestar sus excesos, como lo son precisamente su excesiva extensión del concepto de causa, por ende, de la responsabilidad penal. Además, he podido observar en el desarrollo de esta investigación, que existen diferentes teorías que tratan de resolver el problema de la causalidad, sin embargo, todas las posiciones existentes pueden situarse, unas representadas por la teoría de la equivalencia de las condiciones; y otras, en la teoría de la causalidad adecuada.

⁸⁵ Op. cit., pp. 79-80.

La teoría de la adecuación, tiene por objeto destacar, la causalidad humana, misma que adquiere singular relieve en el orden jurídico, es decir, para que exista en el Derecho una relación causal entre el comportamiento y el resultado, es necesario que el hombre haya producido el resultado con una condición adecuada para su realización. Se considera como causa, no a toda condición, sino tan solo a aquella que, conforme a la experiencia, es adecuada para producir el resultado típico. Causa lo es, únicamente la condición adecuada al resultado; en el proceso causal totalmente inadecuado, irregular a la experiencia, se descartaría la causalidad de la condición.

Como fundador de esta teoría puede señalarse a von Kries, y como su precursor, a von Bar. Las bases científicas del primero, descansan en una aplicación del juicio de probabilidad y de posibilidad. Para el segundo, se sustentan en la teoría de la regla de la vida.

En atención a lo anterior, Jiménez de Asúa, sostiene que “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, se basó en la posibilidad y probabilidad y atribuyó a su doctrina un sentido subjetivo, puesto que el cálculo de la probabilidad ha de hacerse esencialmente desde el punto de vista del sujeto que actúa. Los mantenedores de esta teoría parten, como los partidarios de elegir una causa de entre las condiciones del concepto empírico de causa como conjunto de aquéllas, pero consideran preciso distinguir de entre dichas condiciones, las que son generalmente adecuadas para producir el resultado, desdeñando el papel de las restantes. Para lograrlo se opera con un criterio de probabilidad, de regularidad, rigurosamente estadística.”⁸⁶

Gimbernat Ordeig, al tratar este tema, refiere que “von Kries ilustra los juicios de probabilidad, con ejemplos tomados de los juegos de azar. Más adelante establece, que análogo a este proceso que se sigue para averiguar qué posibilidad representa una acción para la producción de un resultado (por

⁸⁶ Tratado de Derecho Penal, T. III, op. cit., p. 457.

ejemplo: una acción de lesiones leves ocasiona la muerte de un hemofílico a consecuencia de esta característica de la víctima y de un tratamiento médico deficiente). Si incluimos la acción entre las circunstancias determinadas y generalizamos las otras condiciones, la posibilidad de que se produzca una muerte no parecería escasa. En tal caso, partimos de la concreta acción de lesiones; las restantes circunstancias no se consideran tal y como aparecen en el caso concreto (constitución desfavorable del lesionado, tratamiento defectuoso), sino que se designan abstractamente (constitución, tratamiento). La pregunta a formular sería, por tanto, ésta: ¿Qué posibilidad representa para que se produzca una muerte esta lesión inferida a un hombre y que va a ser curada por un médico? Como la mayor parte de los hombres no son hemofílicos y la gran mayoría de los tratamientos médicos se realizan conforme a la *lex artis*, habrá que considerar que la posibilidad de que se produzca el fallecimiento del agredido es muy pequeña. A otra conclusión llegaríamos si en vez de abstraer de la constitución del lesionado la incluyésemos dentro de las condiciones determinadas; entonces, habría que preguntar: ¿Aumenta de modo sensible la posibilidad de una muerte esta lesión inferida a este hombre (un hemofílico) que será tratado por un médico? La probabilidad general de una condición concreta para un resultado se determina, por consiguiente, examinando el significado de las restantes condiciones, no en el caso concreto, sino en un gran número de variaciones posibles (en general): es decir: la lesión hay que añadirla in mente, como modificación, a una gran variedad de circunstancias, a toda una clase de casos.”⁸⁷

En razón de lo anterior, para Gimbernat, “se denomina causa de un resultado –en oposición a la teoría de la equivalencia- a aquella condición que es en general (por tanto, “generalizadamente”) apropiada, según la experiencia, para producir el resultado típico. Por consiguiente, sólo la condición adecuada al resultado es causa; o expresado de otra manera: Allí donde el factor causal A ha causado (condicionado) el resultado B, denominaremos a A la causa adecuada de B y a B la consecuencia adecuada de A, siempre y cuando se tenga que considerar a A, en general, como factor

⁸⁷ Op. cit., pp. 27-28.

favorecedor de B; en otro caso, habría que hablar de causación causal y de efectos causales.”⁸⁸

Además de los conceptos de posibilidad y previsibilidad en la causación del resultado, la teoría de la adecuación recurre al concepto de diligencia debida como criterio delimitador de la causalidad.

Para la teoría de la adecuación, refiere Muñoz Conde, “no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir el resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría invariablemente. Pero previsible objetivamente lo es casi todo. Por eso la teoría de la causación adecuada recurre a otro criterio delimitador de la causalidad, el de la diligencia debida, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos criterios que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir el resultado.”⁸⁹

Para Roxin, según esta teoría, en sentido jurídicopenal “sólo es causal una condición que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes. Esta teoría también ha ejercido una fuerte influencia sobre la jurisprudencia en el Derecho civil, mientras que en el Derecho penal sólo ha encontrado partidarios en la doctrina, y antiguamente también se utilizó con frecuencia para conseguir una restricción de la responsabilidad en los delitos cualificados por el resultado. Dado que hasta el año de 1953 bastaba la mera causación del resultado más grave para imponer la pena superior, gracias al criterio de la adecuación era posible excluir al menos las condiciones que imprevisiblemente y sin culpa del autor habían

⁸⁸ Ibidem, p. 28.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Teoría general del delito, 2ª ed., Colombia, Ed. Temis, 2001, p. 18.

provocado el resultado más grave. Por lo demás, la teoría de la adecuación también permite la deseada eliminación de nexos causales inusuales: la misma evita el *regressus ad infinitum* de la teoría de la equivalencia al poder aceptar que los antepasados del delincuente jurídico-penalmente ni siquiera son causa de los hechos perpetrados por éste (mientras que los partidarios de la teoría de la equivalencia en este caso creían que sólo se podía llegar a la absolución negando el dolo y la imprudencia); y también permite la exclusión de los cursos causales extravagantes (aventureros), de tal suerte que por ejemplo el causante de un accidente, cuya víctima muere por un incendio del hospital, puede ser considerado como no ya causal respecto de ese resultado (mientras que la posición dominante desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia creyó desde siempre que la previsibilidad del curso causal concreto tenía que enjuiciarse como componente del dolo y de la imprudencia, para obtener la misma conclusión).⁹⁰

Dice Rodolphi que “causa y con ello base apropiada de responsabilidad, no es toda condición, sino sólo aquella que de acuerdo con la experiencia es apta para producir el resultado semejante; es decir, la condición adecuada para el resultado. De acuerdo con esto, es necesario para la imputación del resultado que su producción haya sido probable en la ejecución de la acción hasta un determinado grado, no muy alto. La relación de adecuación entre acción y resultado representa por tanto una relación de probabilidad. Este juicio de probabilidad preponderante para la adecuación de la condición debe sustentarse por la vía de un pronóstico posterior objetivo. El juez debe retrotraerse al momento de la acción y preguntarse sí, de acuerdo con el conocimiento experimental de la época y con base en las circunstancias reconocidas para una persona juiciosa y conocidas por el autor, era de esperarse o no, con la probabilidad necesaria, el desarrollo causal concreto que lleva a la producción del resultado.”⁹¹

Asentado lo anterior, surge uno de los planteamiento fundamentales de esta teoría, consistente en dilucidar ¿quién y cómo habrá de realizar el juicio de

⁹⁰ Op. cit., p. 359-360.

⁹¹ Op. cit., p. 27.

probabilidad, necesario para determinar la causa relevante desde el punto de vista del Derecho?. Es decir, ¿cómo determinar cuáles, entre todas las concurrentes en el caso concreto, son las condiciones generalmente apropiadas o adecuadas para causar el efecto dado?

Al respecto, existen dos criterios, uno consiste en que para el juicio de posibilidad, basta que se funde en la consideración de lo que ordinariamente acontece, según la experiencia de la vida. Otro criterio señala, que el juicio de probabilidad o posibilidad se debe emitir desde el punto de vista de lo que para el sujeto era conocido como condición al momento de actuar.

En este sentido, Rivas Belandria en su obra ya citada, puntualiza “el juicio de posibilidad o probabilidad se debe emitir desde el punto de vista del agente, esto es, teniendo en cuenta las condiciones que le eran conocidas en el momento de actuar. Con esto, el problema causal queda reducido a la esfera del dolo y pronto se extendería al ámbito de la culpa, pues el mismo autor de la teoría habla más tarde de lo que el agente podría y debía conocer”.⁹²

Dentro de las grandes aportaciones hechas a esta teoría, destacan por su importancia precisamente las de von Bar, con su teoría de la regla de la vida. Según esta, a decir de Reyes Alvarado en su obra, Imputación Objetiva, refiere: “debe reconocerse que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas circunstancias sin cuya acción conjunta no podría ser explicado, pero consciente de la indefinición de dicho planteamiento, sostuvo von Bar, la necesidad de distinguir entre causas y condiciones de tal manera que una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado, es decir cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de determinado resultado. Buscó expresamente eliminar la connotación naturalística que su fórmula encerraba y para ello propuso incluir dentro de la relación causal los conceptos de dolo y culpa, concluyendo

⁹² Op. cit., p. 81.

finalmente que para el derecho una persona puede ser considerada como causa de un fenómeno si ella puede ser pensada como la condición que de acuerdo con el curso ordinario de la vida es apta para la producción de un resultado.⁹³

Gimbernat destaca que “existen para von Bar dos clases de condiciones del resultado que no pueden considerarse como causa suya:

a) Las consecuencias imprevisibles de una acción no se hallan en relación causal con ésta, porque el extraño curso tomado por el proceso causal no se ha atendido a la regla de la vida.

b) No existe tampoco causalidad en hechos que representan una cierta – e incluso una gran- probabilidad para la producción del resultado, siempre que la acción haya sido conforme a Derecho; el fundamento que esta vez se da es que el autor se ha comportado de acuerdo con la regla de la vida.”⁹⁴

Luego, puede afirmarse que para la teoría de la causalidad adecuada, cobra gran importancia como causa, aquella condición que previsiblemente conduzca al resultado; el concepto de previsibilidad sometió a grandes críticas a esta teoría, sobre todo cuando von Kries, no se limitó a esta variable, sino que consideró además, que la adecuación de la causalidad requería complementariamente la dominabilidad del hecho, situación que generó una larga polémica sobre la forma en que debía llevarse a cabo el juicio de previsibilidad.

Sobre el particular Reyes Alvarado comenta, “sí en el evento debían considerarse solo los conocimientos que el actor tenía al momento de desplegar la acción se favorecía la imprudencia porque el sujeto con conocimientos inferiores a los de sus conciudadanos resultaba librado de responsabilidad, mientras que al tomar como patrón la figura imaginaria de un hombre con capacidades y conocimientos medios se favorecería a quien por

⁹³ Op. cit., pp. 23-24.

⁹⁴ Op. cit., p. 45.

haber tenido mejor comprensión de la situación pudo dirigir su acción a la producción del resultado; para expresarlo con ejemplos, el primer criterio permitiría la impunidad de quien causó una muerte porque no sabía (debiendo saberlo) que el sitio donde practicaba con su arma de fuego era un lugar habitado, mientras la segunda tesis conduciría a la exoneración de responsabilidad de quien sabiendo que su enemigo es hemofílico (condición ajena a un conocimiento medio) le propina un golpe en la nariz causándole con ello la deseada muerte. A la postre se arribó a una postura ecléctica que exigía un juicio de valor (pronóstico) emitido con posterioridad a los hechos (posterior), con base en los conocimientos exigibles a la generalidad de las personas (objetivo) pero incluyendo también los conocimientos especiales que entonces poseía el autor (subjetivo). Pese al consenso que alcanzó esta propuesta, es innegable, que conduce a una confusa mezcla entre los aspectos objetivo y subjetivo y se aferra a un concepto que como el de previsibilidad es de dudosa utilidad.”⁹⁵

“Se le ha objetado también a esta teoría, que el recurso de la experiencia general de la vida como medida no facilita resultados claros, pues difícilmente puede negarse que precisamente la experiencia general de la vida es la que nos enseña que también haya cursos causales atípicos, como por ejemplo que los vehículos presenten deficiencias ocultas, o que los seres humanos pueden tener una constitución especial; cursos que también pueden ocasionar, ya en accidentes o heridas leves, un desenlace mortal.”⁹⁶ Se le ha criticado también, que “tiene el defecto de fundamentarse sobre abstracciones o generalizaciones distintas a la concreta viva realidad, máxime cuando la adecuación o inadecuación de una condición para producir el resultado no puede establecerse conforme a un patrón de universal eficacia, pues pende casi siempre de las circunstancias que circundan el caso concreto.”⁹⁷ Se le objeta además, que “adolece de un defecto de precisión en orden a lo que

⁹⁵ Op. cit., p. 26.

⁹⁶ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, op. cit., p. 28.

⁹⁷ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, op. cit., p. 156.

debe entenderse por causa, y deja un largo margen de arbitrio al juez para establecer o no la existencia de un relación de adecuación.”⁹⁸

Otra de las críticas consiste en palabras de Roxin, “en que la teoría de la adecuación persigue un propósito justificado, pero no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, que no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente. Y tampoco es un problema puramente terminológico el que en los cursos causales inadecuados se hable de exclusión de la causalidad o de la imputación; pues el entremezclamiento de causalidad y causalidad adecuada enturbia el reconocimiento de que se trata de dos pasos mentales contruidos sucesivamente: En primer lugar hay que verificar la existencia de un nexo condicional conforme a leyes, y en segundo término hay que examinar si ese nexo es típicamente relevante. Por eso la teoría de la adecuación tampoco es, contra lo que inicialmente entendían sus partidarios, una alternativa a la teoría de la equivalencia, sino más bien su complemento.”⁹⁹

A modo de conclusión puede decirse, que la esencia de la teoría radica en que de las múltiples condiciones intervinientes en un convencimiento solo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico.

No toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente.

En esta teoría von Kries parte de un concepto empírico de causa, en donde se entiende por ésta, el conjunto de condiciones que preceden al

⁹⁸ Ibidem, p. 162.

⁹⁹ Op. cit., pp. 360-361.

resultado. Del conjunto de estas condiciones habrá que destacar, en virtud de un criterio de posibilidad y probabilidad, de regularidad verdaderamente estadística, aquellas que son generalmente apropiadas o adecuadas para producir el resultado típicamente relevante, negándose, por tanto, valor etiológico a las restantes condiciones.

Por su parte, von Bar toma en cuenta la experiencia general de la regla de la vida para considerar que una condición es adecuada para la producción de un determinado resultado, tomando en cuenta que para el Derecho una persona puede ser considerada como causa de un fenómeno si ella puede ser pensada como la condición que de acuerdo al curso causal ordinario de la vida es apta para la producción del resultado.

La teoría de la condición adecuada, atribuye carácter causal en la producción del resultado, no ha todas las condiciones que preceden a este, como lo hace la equivalencia de las condiciones, sino que distingue entre los diversos antecedentes del efecto, solo aquellos que en abstracto son generalmente apropiados o adecuados para producirlo.

Además, a diferencia de la teoría de la condición, en donde es inadmisibles la interrupción del nexo causal, para la condición adecuada, un hecho preexistente, simultáneo o superveniente a la conducta del sujeto, interrumpe el nexo causal cuando hace surgir consecuencias extraordinarias y excepcionales que en el curso normal de los hechos análogos no se derivan de la acción del sujeto.

1.6.3. Teoría de la condición más eficaz

Esta teoría fue creada por Karl von Birkmeyer, quien afirma que si bien es innegable que todas las condiciones son necesarias, puesto que todas contribuyeron, en cierto modo, a que se produzca el resultado, no puede desconocerse una clara diferencia entre ellas, en cuanto a su respectiva eficacia. La que más ha contribuido a la producción de aquél en el conflicto de las fuerzas antagónicas, es la verdadera causa.

Como lo puntualiza Trujillo Campos, “para poder destacar una condición del resultado y atribuirle la calidad de causa, Birkmeyer se vale de un criterio netamente cuantitativo, pues, causa es para este autor, la condición o circunstancia antecedente del resultado que más ha influido en la producción de aquel en el conflicto de las fuerzas antagónicas. Además, distingue la condición de la ocasión, en el sentido de hallar el criterio diferencial entre éstos tres términos en el terreno de la cantidad. Así debiera considerarse causa la acción humana cuando el actuar ha desarrollado una cantidad de energía etiológica mayor que la de otros factores causales. Si, por el contrario, las otras condiciones han tenido oportunidad de contribuir en mayor medida a la producción del evento, debe negarse eficacia causal a la acción. Causa es lo que produce, condición lo que favorece y ocasión lo que en determinado momento aparta el último obstáculo al actuar de la causa.”¹⁰⁰ Luego, se puede decir que la teoría de Birkmeyer de la condición más eficaz considera causa de un acontecimiento a aquella de entre las condiciones del resultado que ha contribuido más que las restantes condiciones a la producción del resultado.

Para Castellanos Tena, “ésta teoría constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.”¹⁰¹

Sobre el problema de la participación, Rivas Belandria ilustra esta problemática con el siguiente ejemplo: “Si bien para Birkmeyer, el resultado es igual a 12 y las condiciones equivalen a 7, 3 y 2, la condición 7 es la más activa, la más eficaz y, por tanto, la verdadera causa de aquel. Esta doctrina muestra su fragilidad en la teoría del *concursum ad delinquendum*. Si tres individuos, por ejemplo han proporcionado dosis diversas de veneno (en proporción de 7, 3 y 2) a un hombre, el cual muere a consecuencia de la intoxicación, sólo la dosis mayor, 7 será la causa del efecto sobrevenido y quien la suministró el único responsable directo del crimen. Aquí radica lo

¹⁰⁰ Op. cit., pp. 64-65.

¹⁰¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 32 ed., México, Ed. Porrúa, 1993, p. 159.

cuestionable de dicha doctrina.”¹⁰² Para esta teoría no es posible la participación delictiva, así como tampoco la coautoría, dado que se avizora la adopción de un concepto unitario de autor y del dominio funcional del hecho en la producción del resultado.

1.6.4. Teoría de la última condición o de la causa más próxima

Ortmann formuló esta teoría diciendo que, causa lo es la última condición del resultado, o sea, el antecedente más próximo al efecto que al Derecho Penal interesa a los fines de la valoración jurídica. Carecen, pues, de valor causal las condiciones mediatas y sólo tiene relevancia causal la circunstancia o antecedente inmediato.

“Con un criterio temporal Ortmann sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado.”¹⁰³ “Si causa es aquella condición que trae la victoria a las fuerzas tendentes, entonces sólo debe ser considerada causa de este fenómeno el último de aquellos acontecimientos mediante cuya sucesiva cooperación se condicionó la realización del fenómeno concreto.”¹⁰⁴

Así formulada esta teoría, es objeto de serias críticas que la colocan ante el observador como incapaz de resolver el problema causal.

“Se le objeta que existen dificultades para poder determinar cuál ha sido la última condición que fue productora del resultado, es decir, cuantas veces el que es causa mediata de un hecho, ha de tenerse como personalmente responsable de él. Se afirma que, así como la última entre cuatro unidades crea el número cuatro, así el último movimiento es la condición última que causa el efecto, y por esto se convierte en causa. ¿Pero cómo la última de las

¹⁰² Op. cit., p. 85.

¹⁰³ CASTELLANOS TENA, FERNANDO, op. cit., p. 158.

¹⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 100.

cuatro unidades podría formar el número cuatro, si no preexistieran las otras tres? Y además, ¿los fenómenos pueden igualarse con los números?”¹⁰⁵

No se soslayan las críticas formuladas en México por Pavón Vasconcelos¹⁰⁶ a esta teoría, quien puntualiza que la última condición no es siempre la causa de la producción del resultado, ya que en la hipótesis de la vis absoluta, resulta ser causa también en la producción del efecto quien origina la fuerza actuante y además sujeto responsable del resultado. De acuerdo con esta teoría de la última condición, dice el penalista mexicano, se excluyen todas las condiciones causales que no se identifican con la última o la más próxima, de manera que en la vis absoluta se excluiría la condición que resulta en realidad fundamental para la realización del delito, pues quien impulsa o crea la fuerza bajo la que es arrastrado el sujeto que pone la última condición es precisamente causa en el resultado, en virtud de que el segundo no obra sino como simple instrumento de quien desencadena la fuerza. Destaca también el problema de la participación en el delito, diciendo que a ésta teoría también debe objetársele, el que al darle carácter causal sólo a la última condición, excluye la posibilidad de que las demás condiciones sean consideradas también causas del resultado, cuestionándose el caso de cuándo son varias personas las que realizan el delito, en dónde para ésta teoría se tendría que declarar causa únicamente a la acción que tuvo lugar, desde un punto de vista temporal, en último término dentro de esta serie de acciones, concluye diciendo que esta solución sería inaceptable, lo que pone en evidencia que no da solución a todos los casos que se propongan, razón por la cual debe ser definitivamente desechada.

Por mi parte, puede concluirse que la teoría de la última condición, no resuelve el problema de la causalidad en el delito, dado que no da solución para sancionar los casos de responsabilidad penal en tratándose del autor intelectual, el instigador, el autor mediato, el cómplice y por su puesto el encubridor, lo cual es inaceptable para cualquier tipo de Derecho Penal.

¹⁰⁵ TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., p. 66.

¹⁰⁶ Cfr. Op. cit., pp. 89-92.

1.6.5. Teoría de la causa eficiente

“De esta teoría Kohler es su iniciador. Fue sostenida, también, por Wachenfeld, Lobe y, con peculiares características personales, por Mayer. En Italia, el representante más caracterizado lo fue Stoppato, quien tuvo como seguidores de sus ideas a Manzini, De Marisco, Logni y Del Giudice.”¹⁰⁷

Kohler sostuvo que “en el resultado no interviene como causa un conjunto de condiciones sino solamente aquella que tiene, en sí misma, la capacidad de producirlo; aquella que es de suyo eficiente y por lo tanto decisiva.”¹⁰⁸ “Es decir, causa es la fuerza que decide de la cualidad del efecto, mientras que las condiciones son los elementos que consienten a la causa actuar.”¹⁰⁹ “Debe tenerse como causa del resultado sólo a aquella fuerza con la cual aquel está íntimamente ligado por un verdadero proceso de generación, que guarde con él una adecuada proporcionalidad y excluya todo concurso de hechos, toda cadena de acontecimientos que sea meramente ocasional.”¹¹⁰

Para ilustrar su teoría, Kohler expone el siguiente ejemplo: “Si yo siembro una semilla y de ahí tiene que brotar fruto, tienen que concurrir aún distintas causas, tiene que concurrir humedad, así como calor; a pesar de ello, la semilla es la única causa y lo otro es solamente condición, condición del devenir. Esta condición puede, sin embargo, decidir si nace una flor o una palma o un abeto.”¹¹¹

En Italia Stoppato sostuvo que “para la existencia de la relación causal es necesario que el hombre haya sido *causa eficiente* del resultado. Dio de la causa eficiente esta noción: *la fuerza o el ser que con su acción produce un efecto cualquiera* y la distinguió de la condición y de la ocasión. Condición es lo que permite a la causa eficiente operar, o disponiéndola a la operación o

¹⁰⁷ TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., p. 68.

¹⁰⁸ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit., p. 93.

¹⁰⁹ FRANCESCO ANTOLISEI, op. cit., p. 166.

¹¹⁰ Cit. por RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, op. cit., p. 86.

¹¹¹ Cit. por GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., pp. 97-98.

evitando los obstáculos; ocasión es una coincidencia, una circunstancia más o menos favorable, que invita a la acción.”¹¹²

Se puede concluir que a primera vista, podría decirse que la teoría de la causa eficiente, formulada por Kohler y Stoppato, es similar a la teoría de la condición más eficaz, pero, si nos detenemos un poco y profundizamos en la indagación, inmediatamente después percibimos que, en tanto que la doctrina de la causa eficiente distingue entre todas las condiciones del resultado, una de ellas, para atribuirle la calidad de causa, con base exclusivamente en un criterio cualitativo; la teoría de Birkmeyer lo hace igualmente mas no en base a un criterio cualitativo, sino cuantitativo.

Ni Kohler ni Stoppato, precisaron cómo era posible encontrar el camino adecuado que pudiera llevar a conocer el fundamento que otorga, a una de las condiciones, el rango de eficiente en la producción del resultado, debiendo recordar aquí que, las condiciones causales en todo caso no son menos decisivas que la causa en la producción del resultado. Independientemente de lo anterior, dado que la teoría de la causa eficiente es fundamentalmente individualizadora; es decir que al destacar como causa una sola de las condiciones, no resulta de una utilidad absoluta para resolver todos los problemas que se puedan presentar en la aplicación del Derecho a los casos prácticos, tales como el de la participación delictuosa, pues sí sólo una de las condiciones causales es causa del resultado, es claro que quienes participan con el autor material en la realización del delito no ejecutan conductas causales y no pueden ser sujetos de reproche, no siendo por ende responsables en la comisión del hecho delictivo.

1.6.6. Teoría de la causalidad jurídica

Jiménez de Asúa sostiene que, “se cita a Mosca como el primero que formuló esta teoría y que tanto éste como sus seguidores, pretendieron encontrar en el *hecho ilícito*, en cuanto aparece en la cadena causal, la causa

¹¹² Cit. por ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., p. 166.

jurídica del resultado. La opinión de Ferri debe ser incluida en este grupo, en que descuella el acto ilícito, como causa jurídica, pues si bien es verdad, todo resultado es el efecto de gran número de condiciones y que todas son necesarias para su realización, es también verdad, sin embargo, que en la vida práctica no se puede tener cuenta más que de las pocas condiciones, próximas al resultado, que le determinaron. Para la exigencia práctica de la justicia penal, de establecer el vínculo de causalidad entre la acción o inacción de un hombre y el efecto final del que se determina su responsabilidad penal, se precisa, pues, distinguir la causalidad natural, que es la serie infinita e innumerable, en el tiempo y en el espacio, de las condiciones materiales que preceden al efecto, de la causalidad jurídica que consiste en la causa eficiente o decisiva del efecto mismo, es decir, aquel precedente, de la acción o inacción, que suele estar próximo al resultado y sin el cual éste no se hubiera producido.”¹¹³

Explica Maggiore¹¹⁴, que la causalidad jurídica se distingue de la natural o científica y de la metafísica o filosófica. De la primera, por cuanto no presume comprender la totalidad de los antecedentes de un fenómeno, para reducirlos a una ley invariable; de la segunda, porque no se atribuye el llegar a conocer la causa primera. La causalidad jurídica, no es un principio cognoscitivo, sino un principio práctico. Obedece a la necesidad de individualizar, entre las varias causas que determinaron el delito, la que debe responder de él ante el ordenamiento jurídico, es decir, busca un sujeto de imputación. Un delito es efecto de una copia de causas humanas y no humanas, conocidas y desconocidas, voluntarias e involuntarias y causales. Un tiro de fusil, ejemplifica Maggiore, da muerte a un hombre. ¿Cuántos factores han cooperado para este resultado? La combustión de la pólvora y su fuerza balística, la calidad y cantidad del proyectil, la naturaleza del arma empleada, la distancia a que se dio el tiro, la precisión del blanco: fuerzas naturales todas. Pero al lado de éstas, otras causas del orden humano e inteligente han producido el efecto mortal: ante todo, el acto de quien disparó el arma, pero también la obra de quien, a sabiendas o no, facilitó el arma al matador, la del

¹¹³ Tratado de Derecho Penal, T. I., op. cit., p. 452.

¹¹⁴ Véase a MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, T. I, Trad. José J. Ortega Torres, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1954, pp. 331-332.

que indicó el camino seguido por la víctima, y tal vez también la del que vendió el fusil y la de quien lo fabricó o elaboró la materia prima para fabricarlo. ¿Cuáles de todas estas causas, se pregunta el autor en cita, determinaron el resultado? Desde un punto de vista natural, todas ellas. Toda causa directa o indirecta, próxima o remota, es igualmente necesaria. Nada es más justo, hablando materialmente, que la equivalencia de las causas de Von Buri. Pero esta solución naturalista, dice el penalista italiano, no puede dejar satisfecho a quien juzga con criterios jurídicos y morales. El juicio jurídico no procede por análisis sino por vía de elección. Entre la madeja de causas que han determinado un fenómeno, deben elegirse las que tienen importancia, rechazándose todas las otras. Es decir, se elige la causa responsable de un resultado antijurídico dado. El juicio jurídico funciona como un juicio de valor; y no se limita a comprobar la existencia de una u otra causa, sino que las valora, para fines de imputabilidad. No es que todos los demás precedentes dejen de ser causas desde el punto de vista natural, pero quedan fuera del ámbito del derecho, que no busca sino causas imputables.

Consideramos que resulta de gran importancia la teoría de la causalidad jurídica, dado que toma en cuenta las conductas humanas con relevancia jurídica, como las únicas que deben ser consideradas en la producción del resultado, lo que se traduce sin lugar a dudas, en la consideración de conductas penalmente relevante por estas penalmente prohibidas y contenidas en un tipo penal. Además, esta teoría sí toma en cuenta para la responsabilidad penal, tanto al autor como a los partícipes, desdeñando las causas naturales y metafísicas, pues únicamente adquieren importancia las causas jurídicas, por virtud de ser motivo de un juicio de valor para buscar a un sujeto de imputación.

1.6.7. Teoría de la adecuación al tipo

A decir de Jiménez de Asúa, “esta teoría fue elaborada por Ernst von Beling, quien 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 de haber incurrido en el grave defecto de servirse de un concepto de causa de valor general y apriorístico, que ni aun siquiera se basa en un determinado ordenamiento jurídico, cuando menos en la disciplina jurídica de que se trata, o en los preceptos jurídicos respecto a los que el problema surge. El único camino correcto para solucionar el problema de la causalidad, consiste en acudir a los tipos legales delictivos, y dentro de ellos a las imágenes rectoras. El jurista ha de contemplar muy especialmente en cada tipo el verbo activo que el legislador empleó conforme al lenguaje corriente (matar, lesionar, apoderarse).¹¹⁵

“En suma, el problema jurídico-penal que importa a esta teoría, no es el de la causalidad, como tal, sino la captación del contenido de los tipos legales en especie, de una causalidad típica. Las cuestiones que han de resolverse son: si A ha matado a un hombre, si ha sustraído una cosa mueble ajena. 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 (no dicen, ni siquiera piensan: el que pone la causa para la muerte de un hombre, para la sustracción de una cosa, dicen sólo: matar, sustraer), sino que atienden simplemente al lenguaje de la vida corriente, a aquella imagen que nos representamos cuando oímos hablar de acción de matar, acción de sustraer.”¹¹⁶

Para Pavón Vasconcelos, “el creador de la teoría de la tipicidad partió de la idea de que la correspondencia entre la acción y el tipo, que lleva al fenómeno de la subsunción, requiere vincular la causalidad a las concretas figuras delictivas, pues los tipos penales encierran el nexo causal al describir un hecho en el cual cobra importancia no sólo el resultado sino la acción, no obstante que ésta ordinariamente, está ausente en la descripción objetiva de tal hecho. Lo anterior, llevó a considerar que el problema causal queda reducido a los casos regulados por la parte especial de los códigos a través de los tipos

¹¹⁵ Tratado de Derecho Penal, T. I, op. cit., p. 481.

¹¹⁶ Ibidem, 482.

penales, lo cual trae como consecuencia que la causa se transforme de concepto naturalístico en un concepto jurídico.”¹¹⁷

Se puede concluir que este modelo teórico en nada soluciona el problema de la responsabilidad penal, lo único que logra, es establecer con claridad el juicio de tipicidad entre la conducta del agente y la descripción legal contenida en el tipo legal, da vigencia al principio de *nullum crimen sine tipo*. Por ende las objeciones más profundas que se hacen a Beling consisten en orden a la pretendida solución, que cree obtener acudiendo al significado corriente del verbo activo que forma el núcleo del tipo.

1.6.8. Teoría de la causa humana

Antolisei¹¹⁸, su autor y principal propugnador, resume su teoría de la causa humana, diciendo que para llegar a una noción de la relación causal que responda a las exigencias del derecho, hay que partir de la consideración de que la causalidad de que participa el hombre, es decir la causalidad humana, presenta características especiales. La particular naturaleza de esa causalidad, dice el jurista italiano, que ha sido puesta de relieve por varios filósofos, proviene del hecho incuestionable de que el hombre es un ser dotado de conciencia y voluntad, y que esa cualidad esencial tiene un decisivo influjo en las relaciones que se establecen entre él y el mundo exterior. En efecto por medio de la conciencia está el hombre en condiciones de darse cuenta de las circunstancias que obstaculizan o favorecen su acción, y ayudado por la experiencia, puede calcular de antemano los efectos que se siguen de ciertas causa. Mediante la voluntad puede introducirse en el proceso causal e imprimirle la dirección que desea, excitando las fuerzas exteriores que están inactivas, deteniendo las que están en movimiento, o dejando que tales fuerzas se desenvuelvan libremente.

Dadas esas posibilidades, está fuera de duda que existe un campo, más o menos amplio, en que el hombre puede dominar en virtud de sus poderes

¹¹⁷ Op. cit., pp. 111- 112.

¹¹⁸ Cfr. Op. cit, pp. 169-172.

cognitivos y volitivos; es decir, que existe una especie de esfera de señorío del hombre. Ahora bien, dice Antolisei, solo los resultados que entran en esa esfera pueden considerarse causados por el hombre, pues aun en el supuesto de que no los haya querido, está en condiciones de impedirlos. Siendo dominables por el hombre los otros efectos, es decir los que se desenvuelven fuera del radio de acción del hombre y que por ese motivo no pueden ser controlados por él, no son obra suya, y, por lo tanto, se deben poner a cargo de las fuerzas ciegas de la naturaleza.

Pero, se cuestiona Antolisei, ¿cuáles son propiamente los resultados que escapan al dominio del hombre? No ciertamente todos los efectos anómalos, o atípicos, como opina la teoría de la causalidad adecuada. También los acontecimientos que no se producen de ordinario, es decir, en la generalidad de los casos, son previsibles y se prevén a menudo, y, por tanto, se pueden precaver. Lo que verdaderamente escapa al señorío del hombre es el hecho que tiene una probabilidad mínima, insignificante, de producirse; el hecho que se produce solo en casos rarísimos: en una palabra, el hecho excepcional. El acontecimiento que presenta este carácter está sin duda al margen de las posibilidades humanas.

Ahora bien, si se busca la razón del acaecimiento de efectos excepcionales de la acción del hombre, no es difícil encontrarla en el concurso de factores (concausas) que presentan el mismo carácter. Sólo la intervención de acontecimientos excepcionales explica y puede explicar la producción de efectos excepcionales. De ello se sigue que el decir que no son imputables al hombre los resultados que él no puede dominar, equivale a decir que no son imputables al hombre los efectos producidos por el concurso de factores excepcionales.

En opinión de Antolisei, las reflexiones hechas hasta aquí permiten afirmar que para la existencia de la relación de causalidad, en el sentido del derecho, se necesitan dos elementos: uno positivo y otro negativo. El positivo es que el hombre, con su acción, haya puesto una de las condiciones del resultado, es decir, un antecedente sin el cual no se habría producido tal

resultado. El negativo es que el resultado no se deba al concurso de factores excepcionales. Cuando existe un vínculo de dependencia entre la acción y el resultado, pero, este, por la razón indicada (concurso de factores excepcionales), no es imputable al hombre, la relación entre la una y el otro puede considerarse ocasional. En esta hipótesis se puede hablar también de exclusión de la relación jurídica de causalidad.

Establece Antolisei, que si se aplica la concepción expuesta, habrá que negar la existencia del nexo de causalidad entre la acción inicial y el resultado final, por ejemplo, en los siguientes casos: a) una persona levemente herida muere en el hospital a consecuencia de una bomba que dejaron caer sobre él los enemigos; b) una pedrada produce la muerte de un hemofílico; c) un individuo, que sufrió la fractura de un brazo, muere a causa de una gravísima imprudencia del médico que lo atiende; d) alguien deja sin custodia una pistola cargada en un lugar frecuentado: un individuo que entra en discusión con otro, en un acceso de ira, toma el arma y se sirve de ella para matar a su contrincante. De los ejemplos expuestos, refiere Antolisei, resulta que la exclusión del nexo causal puede darse, no solo cuando el hecho excepcional sobreviene a la acción humana, sino también cuando preexiste a ella, como en el caso del hemofílico que muere a consecuencia de una leve lesión. Puede derivarse, además, no solo de un acontecimiento de esa índole, sino también del hecho de otro hombre, lícito o ilícito.

1.6.9. Teoría de la relevancia

Buscando otorgar una mayor precisión a la fórmula de la *conditio sine qua non* que le permitiera evadir las críticas contra ella elevadas, se planteó la exigencia adicional de que debería ser siempre referida al resultado en su connotación jurídica, de tal manera que sería causa solo aquella condición que suprimida mentalmente condujera a la desaparición del resultado, solo en cuanto este pudiera ser entendido como categoría jurídica de acuerdo con cada descripción típica.

Mezger puntualiza, “con arreglo a la teoría correcta también es causa en Derecho Penal, por tanto, causal en el orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida in mente sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aun en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente. (teoría de la relevancia). En lugar de la pregunta, que tiende a producir confusión, relativa a la causalidad, procede la referente a la importancia o relevancia de la relación causal. De la igualdad causal de todos los miembros de una serie causal no se deduce necesariamente su igual valor para el Derecho. El estudio del problema de la causalidad en Derecho Penal, ha partido del erróneo presupuesto de que la punibilidad de una acción descansa normalmente en los dos siguientes principios fundamentales: en el nexo causal del querer del agente con el resultado y, en la culpabilidad del sujeto en orden al resultado. Por ello, en los casos en que con arreglo al Derecho positivo falta la exigencia de culpabilidad, como ocurre en los delitos cualificados por el resultado, se creyó poder afirmar ya la responsabilidad en orden al resultado si existía el nexo causal. Pero esto es falso. Pues, en realidad, depende la punibilidad del resultado, no de dos, sino, de ordinario, de tres presupuestos, a saber: de la conexión causal del acto de voluntad con el resultado; de la relevancia jurídica de dicha conexión, y de la culpabilidad del sujeto.”¹¹⁹

En diferente obra Mezger ha sostenido que “la teoría de la relevancia distingue netamente, entre concepto causal y concepto de responsabilidad. La teoría sigue aferrada, refiere el autor en cita, en cuanto al problema de la causalidad, al concepto causal científico general. Pero resuelve el problema de la responsabilidad exclusivamente con arreglo a criterios jurídico-penales, y, precisamente, con arreglo al sentido que corresponde a los distintos tipos jurídico-penales. Por lo tanto, no se puede admitir, que esta responsabilidad y sus alcances puedan ser considerados siempre, respecto del total campo del derecho penal, en forma igual y unitaria. Es muy posible, en cambio, que la

¹¹⁹ Op. cit., pp. 221-222.

consideración de los distintos hechos punibles conduzca a resultados diferentes. La equivalencia causal de las fracciones causales no trae, pues, consigo su equivalencia jurídica. Entre la causalidad de la acción y el problema de la culpabilidad jurídico-penal, está situada, como requisito indispensable, la tipicidad del resultado.”¹²⁰

Comenta Reyes Alvarado, que “un estudio pormenorizado del problema causal por parte de Mezger, permitió el surgimiento de una nueva concepción, a partir del análisis crítico de la teoría de la causalidad adecuada, a la cual el mencionado autor le atribuyó como su más protuberante error pretender que para el derecho fuera válida una limitación de la equivalencia de las condiciones en un ámbito naturalístico a través de las probabilidades. No discutió Mezger la afirmación genérica de que al derecho penal solo le incumben las causas que sean adecuadas para producir el resultado, sino que admitiendo la validez tanto de la equivalencia de las condiciones como de la fórmula de la *conditio sine qua non* propuso determinar la adecuación de la causa en un plano estrictamente jurídico con base en el análisis de los tipos penales; resumida en una frase del autor, la equivalencia causal de todas las condiciones no implica su equivalencia jurídica. Quedó entonces establecido por Mezger que en materia jurídica debe existir una separación entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad, siendo aquella determinada con base en la equivalencia de las condiciones y ésta mediante el aislamiento de la causa que fuese relevante para el Derecho Penal, relevancia ésta que fluiría de la simple interpretación del tipo correspondiente; con el nacimiento de esta teoría de la causalidad relevante, se afirmó que la punibilidad de una conducta dependería entonces de tres elementos: la relación causal, la relevancia jurídica de dicha relación y la culpabilidad del actor.”¹²¹

A modo de conclusión, puede decirse que no obstante la innegable importancia de haber deslindado claramente la causalidad de la responsabilidad, no ofrece esta teoría un criterio determinado para establecer

¹²⁰ MEZGER, EDMUNDO, Derecho Penal, parte general, Trad. Ricardo C. Núñez, 2ª ed., México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 113.

¹²¹ Op. cit., p. 28.

la relevancia de las causas, pues la afirmación de que ella se deriva de la interpretación de los tipos penales no hace nada diverso de confirmar su genérico postulado de que relevante para el derecho penal no son todas las acciones en sentido natural sino solo aquellas descritas en los tipos, sin que ello ofrezca guía alguna que posibilite su aplicación.

1.6.10. La causalidad en la teoría de la imputación objetiva

Sin pretender por el momento, realizar un estudio pormenorizado de lo que constituye la teoría de la imputación objetiva, dado que esto será tratado con mayor detalle en el capítulo tres de este trabajo, solo me limitare en el presente apartado a establecer de manera general algunos de los presupuestos de la imputación objetiva en relación al problema de la causalidad en el delito, lo cual ayudará a comprender de una mejor manera la presente tesis doctoral.

Asentado lo anterior, paso a exponer esta teoría diciendo que Wessels¹²², sostiene que para el derecho penal no es esencial tan sólo la relación entre causa y efecto, sino y especialmente la cuestión de si el resultado socialmente perjudicial puede serle imputado al autor como *su propia obra*, teniendo en cuenta la posibilidad humana de realización. Establece también, que en el sistema delictivo, esta imputación se realiza en tres grados: distinguimos, dice, en los hechos dolosos y culposos, la imputación de la conducta humana como *acción*, la imputación de las consecuencias de la conducta o lo *injusto* típico y la imputación del suceso típico y antijurídico a la *culpabilidad*. La pauta con arreglo a la cual debe determinarse la imputabilidad, cambia, en esos grados de valor, a través de una especialización que a su vez se depura gradualmente, y respecto de estos tres niveles analíticos señala lo siguiente:

¹²² Cfr. WESSELS, JOHANNES, Derecho Penal, parte general, Trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Argentina, Ed. Ediciones Depalma, 1980, pp. 60-61.

a) En el ámbito de la acción, nos preguntamos qué pueden realizar los hombres en comparación con otros seres vivientes. Aquí, pauta de la imputación es lo *humanamente posible*.

b) Dentro del tipo objetivo de lo injusto, nos preguntamos (en forma estricta) qué está en condiciones de realizar alguien en el rol social del autor (por ejemplo, como el médico o el automovilista) y cuáles son las exigencias que el derecho pone al respecto. En este caso, pauta de la imputación es lo que es *posible a alguien*.

c) Por último, en el ámbito de la culpabilidad, la imputabilidad depende de la facultad concreta e individual del autor particular con sus predisposiciones y capacidades personales. Aquí sólo se trata de lo que es *posible a uno mismo*, o sea, de lo que esa persona pudo realizar y de las lesiones a bienes jurídicos que pudo evitar.

Al referirse el autor en cita, a la teoría de los presupuestos de la imputación objetiva, señala que ésta, deslinda la responsabilidad penal en los cursos causales anormales y en las consecuencias atípicas perjudiciales en el ámbito del tipo objeto de lo injusto. Procura determinar el límite en que la imputabilidad termina sobre la base del fin de protección de la norma y desde el punto de vista de la previsibilidad objetiva y evitabilidad del resultado típico, de la posibilidad de dominar el suceso causal y de la realización del riesgo creado o aumentado por el autor de la producción de un daño. Establece que para la imputación objetiva (en los hechos dolosos y culposos) es decisivo establecer:

a) si el agente ha cocausado por lo menos, con su acción u omisión, el resultado típico (comprobación de la relación causal);

b) si este resultado era objetivamente previsible y evitable (apreciación con arreglo a los principios mencionados a propósito de la teoría de la adecuación, del *pronóstico objetivo posterior*, incluyendo el especial conocimiento del autor); y

c) si sobre la base de un curso causal típicamente adecuado, se ha producido en el perjuicio, precisamente, ese peligro que el autor ha creado mediante la trasgresión o un exceso del riesgo permitido.

La imputabilidad objetiva debe negarse especialmente cuando falta la producción del riesgo y si se dan consecuencias perjudiciales totalmente inusitadas y atípicas; también debe negarse si se trata de sucesos situados en tan considerable medida fuera de la experiencia de la vida que no sería sensato contar con ellos. Se aplicará el mismo criterio si el perjuicio se produce fuera del ámbito de protección de la norma. Con esto se pone de relieve que para la comprobación del nexo de causalidad es necesaria la acreditación de elementos de índole normativo.

Rudolphi en su obra, causalidad e imputación objetiva, al hablar de la causalidad refiere que “para la imputación del resultado causado se deduce primero que ella, en principio sólo es posible cuando en la ejecución de la acción (acción causante del resultado) el suceso concreto que causa el resultado haya sido previsible como posible, aunque también las consecuencias fueran improbables. Sin embargo, dice, no se puede considerar esta constatación como definitiva en lo que hace referencia a la imputación objetiva. Esto tiene su fundamento en que las normas de conducta en que se basan los tipos penales no se dirigen de ninguna manera, sin excepción, contra cualquier acción que se encuentre como fundamento del riesgo de la producción del resultado típico, sino solamente contra aquellas acciones que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o que sobrepasan la medida de dicho riesgo. Por lo tanto, la conducta típica supone siempre la creación de un riesgo antijurídico. Esto tiene igual validez tanto para los delitos culposos como para los dolosos. Esto significa, en resumen, lo siguiente: un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado.”¹²³ Por lo tanto, habrá tipicidad de la conducta del agente cuando se

¹²³ Op. cit., pp. 31-32.

ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en la realización del resultado.

Congruente con lo anterior, Roxin¹²⁴ sostiene que en la doctrina científica cada vez se impone más la concepción de que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así Roxin ejemplifica lo anterior de la siguiente forma: en el caso de una tormenta, falta ya una acción homicida, porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar. En el caso del incendio del hospital el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado. Luego, establece Roxin, que mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa.

b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general, dice Roxin, es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Para ejemplificar lo anterior Roxin expone lo siguiente: Si A incita a B a que haga una escala al Himalaya, en la que éste, tal como A había previsto, sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio,

¹²⁴ Cfr. ROXIN, CLAUS, op. cit., pp. 363-364.

puesto que si según el Derecho alemán vigente, dice Roxin, es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a una mera autopuesta en peligro, que es de lo que aquí se trata, en consecuencia, no se puede imputar el resultado al incitador. El alcance del tipo releva de responsabilidad al tercero participante, sino abarca los resultados producidos, es decir, si ese resultado no esta contemplado en el fin de protección de la norma.

En la imputación objetiva, según Orellana Wiarco, “operan tres criterios generales, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma:

a) Que la conducta del sujeto haya creado o incrementado un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido.

b) El resultado debe producirse precisamente por el comportamiento del sujeto y no deberse a un riesgo diverso ajeno a su conducta.

c) Que el resultado esté comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, solo es imputable objetivamente un resultado a un sujeto, si ese resultado está considerado dentro del ámbito del bien jurídico tutelado por la norma.”¹²⁵

De esta manera, la imputación objetiva, para el sistema funcionalista propuesto por Roxin, se ubica como un problema causal que se resuelve a nivel del tipo objetivo tomando en cuenta para ello su atribución a un sujeto, de esta suerte si el activo creó un riesgo jurídicamente relevante y con ello produjo el resultado señalado en el tipo, entonces le es atribuible el resultado, siempre que éste se encuentre considerado dentro del ámbito de protección de la norma.

¹²⁵ ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista, 12ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002, pp. 179-180.

1.6.11. Teoría de la interrupción de la relación de causalidad

A decir de Reyes Alvarado, “en una etapa del desarrollo de la ciencia penal, en la que la teoría de la equivalencia de las condiciones servía como sólido fundamento para la edificación de los juicios de responsabilidad, existía ya la preocupación por aquellos casos en los cuales la conducta descuidada de alguien servía tan solo para posibilitar que un tercero o la propia víctima desarrollaran una conducta que dolosa o culposamente desplegada originara la afectación de un bien jurídico. La solución que parecía estar más acorde en ese momento histórico era la de afirmar que la intervención posterior, dolosa o culposa, de un tercero o de la víctima, suponía en realidad la aparición de una nueva cadena causal, por manera que el anterior curso causal debería considerarse interrumpido. Con fundamento en ello podría entonces afirmarse la interrupción de la causalidad y en consecuencia la irresponsabilidad del primer autor, en el caso de que este hubiera causado una lesión a un esclavo, quien habiendo sido trasladado a un centro de asistencia médica fallece a consecuencia del derrumbe del techo de la habitación en la que estaba siendo atendido de sus dolencias.”¹²⁶

Niega Reyes Alvarado la interrupción de las cadenas causales, y refiere que “contra éstas debe señalarse que desde el punto de vista físico, la causalidad existe o no existe, sin que sea posible concebir entre un antecedente y un consecuente una cadena causal interrumpida. Si ese antecedente no condujo hasta la producción de determinado resultado, simplemente no existió relación de causalidad, siendo ilógico sostener que la hubo pero que se vio interrumpida. Dicho de otra manera, la relación de causalidad supone necesariamente un vínculo entre dos o más fenómenos, en virtud del cual la presencia de uno de ellos conduce a la existencia del otro; por consiguiente, si una de dichas manifestaciones no lleva a la producción de la otra, simplemente no podrá hablarse de la existencia de una relación causal, sin que sea posible decir que, pese a no haber un nexo entre los dos fenómenos, existió una relación de causalidad pero interrumpida.”¹²⁷

¹²⁶ Op. cit., p. 320.

¹²⁷ Ibidem, p. 321.

Ante la presencia de diferentes sucesos, se podrá decir que hay diferentes relaciones causales, independientes las unas de otras, pero no de que exista una relación de causalidad interrumpida.

Para Roxin “la causalidad tampoco se interrumpe porque entre la conducta y el resultado esté la acción dolosa de un tercero, posición que fue defendida antiguamente por la teoría de la prohibición de regreso. Actualmente, esa teoría sólo puede defenderse a lo sumo en el sentido de una interrupción o ruptura del nexo de imputación, pues un nexo conforme a la leyes naturales existe o no existe, pero no se puede interrumpir.”¹²⁸

Congruente con lo anterior, Gimbernat en su obra *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, refiere que “lo primero que hay que oponer a dicha teoría es que, ya desde un punto de vista terminológico, es confusa.”¹²⁹ “Pero no es sólo que la doctrina de la interrupción del nexo causal sea confusa y que, precisamente por su amplitud, carezca de un contenido preciso; es que, además, es falsa, una relación causal existe o no existe, pero no se interrumpe. El mejor modo de ver, que ello es así es aplicándola a casos concretos. Un caso clásico de interrupción de la relación de causalidad es el del sujeto que ha sido lesionado por otro, y que al ser trasladado al hospital en una ambulancia, fallece porque un puente, que el vehículo tiene que atravesar, se desploma al pasar la ambulancia por encima de él. Al negar la relación causal entre las lesiones que produjo el autor y el accidente, se está negando el enlace material, objetivo, entre comportamiento delictivo y resultado de muerte. La teoría de la interrupción del nexo causal, además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal.”¹³⁰

Es posible concluir que no es dable desde la óptica de la causalidad, que ésta se vea interrumpida, pues esta existe, siempre que el antecedente sea causa del resultado, en caso contrario simplemente no habrá relación de causalidad.

¹²⁸ Op. cit., p. 355.

¹²⁹ Op. cit., p. 91.

¹³⁰ Ibidem, pp. 94-95.

1.7. La causalidad en ciertas especies de delitos

Una vez que se desarrollo el estudio de las diferentes teorías de la causalidad, corresponde centrar la atención de manera fundamental en dos especies de delitos, los cuales por su complejidad requieren ser estudiados para tener una mejor comprensión de la presente investigación, me refiero precisamente al delito de omisión y al delito culposo.

Congruente con lo anterior, debo decir que la explicación de la causalidad en el delito ha sido uno de los problemas que más dificultades ha traído a la ciencia del Derecho en general, así como a la teoría del delito en particular; no obstante que en el delito de acción el problema ha sido resuelto con más facilidad, esto no ha sido así en los delitos de omisión, en donde las posiciones doctrinales se encuentran prácticamente divididas. En relación al delito culposo, tienen gran importancia en la actualidad las aportaciones hechas por la teoría de la imputación objetiva para explicar el problema de la causalidad en esta clase de delito.

1.7.1. Delitos de omisión

Empezare por recordar que los delitos de omisión pueden ser de dos clases: a) delitos de simple omisión y b) delitos de comisión por omisión.¹³¹

Los primeros implican la no realización de un hecho esperado y legalmente exigible, es decir, el incumplimiento de algo que la ley prohíbe dejar de hacer. Los segundos consisten en una conducta que se traduce en la comisión de un hecho indebido mediante la omisión de algo que se estaba obligado a hacer. Tradicionalmente el problema de la causalidad se ha planteado sólo en éstos últimos, por ser posible enlazar con facilidad en ellos la omisión con su resultado, cosa que no sucede con los primeros, pues en estos

¹³¹ En el artículo 7º de nuestro Código Penal Federal se puede observar, que dado el concepto de delito establecido por el legislador penal, se pone de relieve que el delito puede ser: a) de acción, b) de omisión, llamados estos últimos también, delitos de simple omisión u omisión simple, y c) delitos de comisión por omisión, u omisión impropia, así denominados por la doctrina.

no se tiene en cuenta el resultado, se dice que no halla lugar la idea de comisión.

Novoa Monreal¹³², señala que son muy escasos los delitos propios de omisión en los que legalmente se exige la aparición de un resultado material. La enorme mayoría de ellos está constituida por la mera desobediencia al mandato de realizar una actividad determinada y se agotan con el puro incumplimiento de lo ordenado por la norma jurídica. En cambio, es en los delitos impropios de omisión en los que surge con fuerza la pregunta de si la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado típico, ha podido ser la causa de éste. Pues en todo delito impropio de omisión se presenta el hecho de que hay un resultado material que se imputa a determinado sujeto por cuanto él se abstuvo de una acción que estaba obligado a realizar, mediante la cual ese resultado hubiera sido impedido. Es, refiere Novoa Monreal, en esta clase de delitos, en dónde queda planteada la cuestión de la causalidad en los términos concretos siguientes: ¿puede calificarse de causal, respecto de un resultado típico la no realización de la actividad obligatoria destinada a impedirlo?

Establecido lo anterior, debe decirse que la doctrina se encuentra dividida al tratar el problema de la causalidad en los delitos de omisión impropia; existen posiciones que afirman la causalidad en ésta clase de omisión y posiciones que la niegan.

“Entre las posiciones doctrinales que afirman la existencia de causalidad en la omisión, tenemos a W. Sauer, quien admite desde un punto de vista científico, natural y lógico, que de la nada no puede devenir nada; pero califica de inatendible el rechazo de la causalidad en la omisión, no obstante, porque con él se pasa por alto un obrar socialmente positivo del actor. A su juicio la clave esta en recordar que quien omite se deja llevar precisamente de la corriente en dirección al resultado socialmente dañoso, mientras podía y debía desviarlo. Por ello concluye que la omisión es causal cuando la acción

¹³² Véase NOVOA MONREAL, EDUARDO, Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediciones Depalma, 1984, pp. 159-160.

esperada (sociológicamente) hubiere probablemente evitado el resultado.”¹³³ Con esta posición doctrinal se pone de relieve un claro avance en relación a la perspectiva naturalista de la omisión, que entendía a ésta como el no hacer, es decir, que la total ausencia de un movimiento impulsivo, nada causa; por el contrario, ahora, se entiende que la omisión no era la pura nada, sino el hacer algo distinto, llevar a cabo un comportamiento diferente al esperado, en esto radica la esencia de la omisión.

Villalobos estima que “el no hacer es precisamente la causa del resultado en sentido valorativo del Derecho. Si de acuerdo con la organización social el hijo puede esperar las atenciones y los cuidados de sus padres, el abandono de un menor (omisión o falta de esos cuidados debidos) es la causa de los peligros y daños consiguientes, pues la voluntad del agente que se manifiesta por un acto negativo, no prestando los auxilios y las atenciones debidos, es lo que altera el orden jurídico preestablecido y, al suprimir las soluciones arregladas para un estado de indefensión propia, hace renacer todos los peligros inherentes a tal situación. Si se suprime en la mente esa omisión de cuidados, y se suponen prestados éstos conforme a las normas de la organización social, el resultado desaparecería también.”¹³⁴ De esto se obtiene que la fórmula usual de comprobación de la teoría de la condición, empleada para el verdadero hacer, se modifique para la omisión, de modo que se afirma la causalidad cuando no cabe imaginar la acción esperada sin que desaparezca el resultado; dicho en otras palabras, la omisión tiene un valor causal sí, colocada mentalmente la acción omitida, mediante un juicio hipotético, el resultado no se habría producido.

“La causalidad ha sido cada vez más aceptada como el factor decisivo para resolver la distinción entre actuar y omitir; Este papel se le debe a la tesis de que la omisión, o el omitente, no puede causar nada, por tanto, tampoco puede causar el resultado típico. Quien sostiene por el contrario, que el omitir puede ser causal en la misma forma que el actuar, ya por ello queda impedido de determinar la presencia o ausencia de una acción con ayuda de la

¹³³ Ibidem, p. 160.

¹³⁴ Op. cit., p. 246.

causalidad. Esto rige también allí, donde se establece al mismo tiempo para la omisión una fórmula modificada de causalidad; pues entonces se necesita, nuevamente un criterio que decida si se debe aplicar la fórmula que rige para el actuar activo o para el omitir: la distinción entre actuar y omitir presupone aquí, lógicamente, la cuestión de la causalidad.”¹³⁵

En México, Reynoso Dávila¹³⁶ sostiene que la corriente doctrinal que defiende la posición de qué en los delitos de omisión sí existe una relación de causalidad, domina la idea de que el problema se resuelve afirmando que la omisión es causa de un resultado determinado por el solo hecho de que lo que el sujeto debía hacer tenía el poder real de impedir el resultado; es decir, sostiene que la teoría de la acción esperada es la que da solución al problema causal en los delitos de omisión. Se comulga con el criterio adoptado por Reynoso Dávila, dado que es acorde con el contenido del artículo 7º del Código Penal Federal, de cuyo contenido se pone de relieve como elemento de los delitos de omisión impropia, la existencia de un resultado material, en donde como ya lo señalé en el cuerpo de este capítulo, sí existe relación de causalidad entre la acción esperada (omisión) y el resultado producido, por virtud del deber jurídico de obrar, derivado de la ley, de un contrato o del actuar precedente del sujeto. Aquí se plantea la posibilidad de que la actuación del garante hubiera evitado el resultado, afirmándose la relación de causalidad hipotética cuando así sea. Habrá esa relación de causalidad cuando del actuar conforme al mandato legal de evitar la producción del resultado, éste se hubiera evitado.

Resulta claro que para esta posición doctrinal, que en la realidad natural, de la nada, nada nace, nada surge (*ex nihilo nihil fit*) y la relación causal puede ser inferida únicamente partiendo de un supuesto previo, es decir de una existencia normativa que parte de un deber de actuar, de una acción que es previamente exigible por haber sido impuesta con anterioridad por el orden jurídico.

¹³⁵ STRUENSEE, EBERHARD, Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión, Trad. Patricia S. Ziffer, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 10, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 21-22.

¹³⁶ Cfr. REYNOSO DÁVILA, ROBERTO, Teoría general del delito, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 51.

Los que niegan un nexo de causalidad en la omisión, sostienen que *de nada, nada puede resultar, o bien, de la nada, no puede nacer nada*.

Por cuanto hace a los partidarios que rechazan la causalidad en la omisión, tenemos a Welzel, quien sostiene que “a la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad. En tal virtud, la omisión esta referida necesariamente a una acción: no existe una omisión en sí, sino sólo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno limitativo: es la omisión una acción posible del autor, que esta subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que ésta subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida.”¹³⁷ Como se observa, para esta sistemática, no es posible hablar de causalidad en la omisión, dado que el elemento toral de esta teoría radica en el concepto final de acción, y no en la omisión, insuficiencia dogmática que le ha sido severamente criticada por sus detractores.

En su Tratado de Derecho Penal, expone von Liszt que, “debemos convenir en que la relación que se da en nuestra conciencia entre la causa y el efecto, tiene, en la omisión un objeto completamente distinto que en la acción: en ésta el resultado efectivamente producido está en relación con un movimiento corporal efectivamente ejecutado, y en aquélla, con un movimiento corporal que apenas nos hemos imaginado. Así, pues, empleamos, indudablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión. Por eso no puede tratarse más que de saber si la ciencia penal debe o no conservar esta expresión usual del lenguaje corriente.”¹³⁸

Jescheck, dice que “hoy se rechaza mayoritariamente una causalidad en la omisión en el sentido de una producción real del resultado. La causalidad requiere, como categoría del ser, una verdadera fuente de energía que sea

¹³⁷ Op. cit., p. 238.

¹³⁸ Op. cit., p. 307.

capaz de aportar un despliegue de fuerzas, y esto falta precisamente en la omisión.”¹³⁹

La posición que adopta Novoa Monreal¹⁴⁰, se puede explicar diciendo que por su propia naturaleza un no-hacer carece, considerado en plano natural, de la posibilidad de ser conectado con algún resultado que se origine en el mundo externo, ni como causa de él ni como uno de los varios factores condicionantes de su aparición. La razón está en que el no obrar, desde un punto de vista cinético y de su relación con los procesos del mundo exterior, envuelve la ausencia o falta de algo y una tal ausencia carece de aptitud, por sí misma, para producir u originar un cambio o alteración en el mundo exterior. Todo cambio o alteración de esa clase exige una fuerza o una energía actuantes capaces de provocarlos, puesto que para ello es necesario vencer, bien sea la inercia de un mundo estático, bien sea el cuerdo móvil y en plena operación de los movimientos de un mundo dinámico. Esas fuerzas y energía se hallan apenas latentes y sin desplegarse en forma efectiva en una actitud omisiva. Los delitos de omisión, implican un no-hacer determinado, y éste, por sí mismo, está falto de la puesta en acción de energías o fuerzas necesarias para producir cambios de esa especie. Siendo así, en un verdadero delito de omisión no puede darse un resultado material que pueda ser tenido como efecto proveniente del incumplimiento de la norma. Cuando en un tipo de omisión se hace referencia a un resultado material, habrá que entender, que ese resultado proviene de causas y factores condicionantes ajenos al no-hacer. Éste cuando más, habrá permitido que estas causas o factores operen libremente, siendo que pudieron haber sido obstaculizados o desviados por la acción a la que el omitente estaba obligado. Todo esto, significa algo diametralmente opuesto a un nexo objetivo de producción del resultado, pues el no obrar podrá ser puesto en relación con tal resultado tan sólo como un vínculo de no evitación, en cuanto, de haberse cumplido la acción mandada por la norma, ese resultado pudo haber sido impedido. Refiere el autor citado que a la misma conclusión se puede llegar, tratándose de un delito propio de omisión.

¹³⁹ HEINRICH JESCHECK, HANS, Tratado de Derecho Penal, parte general, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada España, Ed. Comares, 1993, p. 562.

¹⁴⁰ Cfr. Op. cit., pp. 163-166.

Resulta importante citar las ideas de Antolisei, para quien el problema de la causalidad en la omisión se resuelve acudiendo al siguiente argumento, dice: “el único punto que en materia de omisión exige una especial aclaración atañe al proceso lógico para comprobar la existencia de la relación consecuencia entre la conducta omisiva y el resultado. A este propósito hay que tener presente que el concepto de omisión está indisolublemente vinculado al de la acción que se esperaba del sujeto, pues omitir no significa no hacer nada, sino no realizar aquella acción. ¿Se sigue de ello que para comprobar el nexo tengamos que preguntarnos si la acción esperada habría impedido o no el resultado? Si esta pregunta se responde afirmativamente, existe la relación, la cual, por el contrario, habrá de excluirse si, pese al cumplimiento de la acción esperada, el resultado se habría producido de igual modo. He aquí un ejemplo: en el caso de que un guarda ferroviario no haya realizado las maniobras que habría debido hacer y por lo tanto se ha producido un desastre, se admitirá el nexo de que hablamos cuando podamos decir que con el cumplimiento de la maniobra se hubiera evitado el desastre, y se negará, si el resultado se hubiera producido igualmente.”¹⁴¹

En estas condiciones, resulta claro que quienes rechazan la existencia de una relación de causalidad en la omisión, sostienen de manera toral que la omisión no cuenta por sí misma con la energía capaz para generar el resultado, dado que de la nada, nada se puede generar, situación que solo es propia en los delitos de acción.

Por el contrario, para quienes aceptan la relación de causalidad, sostienen que la relación causal puede ser inferida únicamente partiendo de un supuesto previo, es decir de una existencia normativa que parte de un deber de actuar, de una acción que es previamente exigible por haber sido impuesta con anterioridad por el orden jurídico. Esta posición es la que se defiende en la presente investigación, pues es perfectamente dable considerar que la relación de causalidad también surte no únicamente en los delitos de comisión, sino también en los de omisión impropia o comisión por omisión, los cuales

¹⁴¹ Op. cit., pp. 178-179.

consisten en la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico, es decir deberá existir una calidad de garante que deriva de la propia ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Por lo tanto habrá relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión, cuando del actuar conforme al mandato legal de evitar la producción del resultado, éste se hubiese evitado; es decir, se admitirá el nexo de que hablamos cuando podamos decir que con el cumplimiento del deber jurídico se hubiera evitado el resultado.

A mayor abundamiento, se puede decir, que en las situaciones en que media una omisión de su actuar –debiendo y pudiendo hacerlo-, tal omisión se reputa como equivalente a la comisión del resultado. Consecuentemente, la omisión impropia, consiste en producir, por medio de la omisión, el resultado previsto por un tipo penal al que generalmente se le comete por medio de una acción. El motivo de reproche penal no reside en la simple omisión, sino que mediante ella no impidió el resultado que podía y debía legalmente haber evitado y, por tanto, la concreta actuación le era exigible. Luego, si es posible que exista una relación de causalidad en los delitos de omisión impropia, dado que el garante podía y debía evitar el resultado.

1.7.2. Delitos culposos

Hablar de la existencia de una relación de causalidad en el delito culposo, ha sido para la dogmática jurídico-penal uno de los problemas de mayor complejidad, pues si tomamos en cuenta las severas críticas que se formularon al padre del finalismo quien no pudo dar una respuesta certera para el comportamiento culposo, bien se puede comprender de lo que estamos hablando; sin embargo, dentro de las primeras aportaciones hechas por Welzel, al tratar de dar una explicación de la causalidad en los delitos culposos, “refiere que sólo la colocación final de una condición causante del resultado típico pertenece a un sujeto como acción o hecho propios y es, en este sentido, objetivamente imputable. Pero la finalidad no ha de ser entendida en el sentido de que la voluntad del agente ha de estar siempre dirigida al resultado: si así

fuese, la imprudencia, en la que la voluntad del agente no es nunca final en relación al resultado, no se podría subsumir en el concepto de acción; si así fuese, en el hecho de un sujeto negligente a quien se le dispara un tiro, mientras limpia su arma, alcanzando mortalmente a un hombre, faltaría una acción, faltaría el primer presupuesto del delito. Para eludir esta consecuencia, contraponen Welzel a la finalidad actual de los delitos dolosos la finalidad potencial de los hechos culposos. Dice Welzel, el Derecho penal se limita desde un principio a la finalidad humana; las causaciones sólo se tienen en cuenta cuando habrían sido finalmente evitables (acciones en sentido amplio). El elemento de la acción de estas acciones en sentido amplio (acciones culposas) consiste *no en una relación final real, sino en una posible: en virtud de su posible previsión final, el autor había podido evitar el resultado*; la causación del resultado no ha sido evitada por el autor a causa de su insuficiente diligencia.”¹⁴²

Gimbernat, al estudiar la relación de causalidad en el delito imprudente, refiere que “desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento activo y resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de estos dos grandes grupos: En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo ilícito (y hasta entonces inexistente) que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recama del arma se alojaba una bala. Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tiene lugar en la realidad, pertenece al segundo y último grupo. Este viene caracterizado porque mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro ab initio lícito (riesgo permitido) que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción

¹⁴² GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., pp. 80-81.

imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.”¹⁴³

Con lo anterior se puede afirmar que comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; si el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y la norma penal sólo prohíbe que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse.

Por otra parte, es importante señalar que lo que caracteriza a la imprudencia por acción, según Gimbernat¹⁴⁴, es un foco de peligro (en concreto: transfusión de sangre, producto tóxico, intervención quirúrgica), a consecuencia de comportamiento negligente activo (entrega de plasma no cribado, venta del producto sin el etiquetado reglamentario, operación médica incorrecta), rebasa el riesgo permitido, causando el foco de peligro el resultado típico. Los correspondientes sujetos activos no pueden alegar que ellos sólo han elevado el riesgo, pero que no han causado el resultado, ya que el resultado lo ha causado con seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico, la operación), y, con seguridad también, ese foco se ha convertido en uno no permitido por la ejecución de la acción imprudente. Más adelante, concluye diciendo que dentro del marco de los delitos imprudentes de acción, cuando un comportamiento activo convierte el riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado con toda seguridad por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, igualmente con toda seguridad, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción, viene caracterizado por que el

¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Causalidad, omisión e imprudencia, Madrid España, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVII, septiembre-diciembre, Fascículo III, MCMXCIV, p. 31.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 34-35.

foco de peligro causante del resultado ha traspasado el “punto crítico” de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.

Con relación a la teoría del incremento del riesgo, fundada por Claus Roxin, éste sostiene que “una parte de la doctrina y de la jurisprudencia llegan a conclusiones diferentes a las de él, cuando refieren que sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado. En caso contrario, se argumenta también en la doctrina, no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio *in dubio pro reo* el autor debe ser absuelto. Esto es incorrecto, ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y en otra no permitida y averiguar separadamente para cada una de las realizaciones 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*.¹⁴⁵

Jakobs, al tratar el delito imprudente sostiene que “por lo que se le refiere a la causalidad como objeto de la cognoscibilidad, debe ser cognoscible para el autor la causalidad, referida al resultado, de las condiciones que él ha creado, pero no el concreto curso causal entre la imprudencia y el resultado. Sin embargo, el autor debe poder advertir precisamente aquel riesgo que se realiza, pero no todo riesgo creado por el autor, sino sólo el que le es cognoscible.”¹⁴⁶ Con arreglo a lo anterior, la culpa penal se presenta cuando ha mediado una falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo o debió haberse previsto al obrar, o cuando, habiéndose representado dicho resultado típicamente antijurídico, el agente se confió erróneamente en que lo evitaría.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 380.

¹⁴⁶ JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, parte general (fundamentos y teoría de la imputación), Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, España, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, pp. 390-391.

De lo anterior, debe puntualizarse que el análisis de la causalidad tiene una importancia decisiva en el delito culposo, en el que el resultado se puede producir por diversos factores, algunos ni siquiera representados psicológicamente por el sujeto a quien se imputa el delito, por ello es importante determinar con precisión la causa del resultado, ello con la finalidad de evitar solución injustas o errores judiciales que se dan frecuentemente cuando se dicta sentencia condenatoria.

Dejó por ahora hasta aquí el estudio de la imprudencia, delito que será analizado en el siguiente capítulo; sin embargo hay que decir que en la actualidad, han cobrado gran importancia las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva para explicar la causalidad en el delito imprudente, donde destaca fundamentalmente la teoría del incremento del riesgo, la cual sostiene que para imputar objetivamente el resultado producido al autor de una conducta imprudente, es necesario que el sujeto haya generado un foco de peligro por haber rebasado lo considerado como riesgo permitido para convertirse en prohibido, por ende, es jurídicamente desaprobado; sin soslayar por supuesto, que además deberá ser cognoscible para el sujeto el advertir aquel riesgo que se realiza.

CAPÍTULO 2 ESTRUCTURA Y FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DE LA CULPA

2.1. Noción general de la culpa

A lo largo de la evolución de las ideas penales, se puede observar que se ha tratado de explicar de diferentes maneras la verdadera esencia de la culpa, desde aquellas concepciones que llegaron a considerar que nadie puede ser sancionado penalmente por una acción no querida, las que sostuvieron que se trata de un cuasidelito, pasando por aquellas que estimaron que la culpa era una especie inferior de la culpabilidad, adquiriendo mayor importancia el dolo dentro de su estructura, hasta llegar a las que respondían que si bien la acción emprendida por el sujeto tenía como finalidad un resultado atípico, con lo que resultaba ser una finalidad irrelevante para el ordenamiento jurídico, la forma de realización de ésta había llevado a la consecución de un resultado sí típico, merecedor de un reproche penal; y la que afirmaba que la culpa consistía en la omisión de una mejor dirección final exigida por el derecho penal para evitar la lesión de bienes jurídicos, así como las que han tratado de explicar su esencia a través de la previsibilidad, de la prevenibilidad, como vicio de la inteligencia, como vicio de la voluntad, o bien cuando se sobrepasa el riesgo permitido y se convierte éste en jurídicamente desaprobado.

Al margen de las diferentes posiciones doctrinales que han tratado de explicar el fundamento de la culpa, cabe decir, siguiendo a Jiménez de Asúa,¹ que fueron los italianos los que dieron origen a la formación del concepto de culpa penal y que en ellos se apoyó la Constitución de Carolina para definir el homicidio culposo. Esto lo han reconocido los propios alemanes, como von Liszt, von Hippel y Mezger, y lo han demostrado Löffler, Engelmann y Schaffstein. Efectivamente, la ciencia medieval italiana armonizó la exigencia del dolo (procedente del derecho Romano) con la responsabilidad por el resultado (de origen claramente germánico), ya que por una parte sólo castigaba la causación culposa, no la fortuita, y por otra hizo de la culpa una

¹ Cfr. Tratado de Derecho Penal, T. V, 1950, op. cit., pp. 692-696.

forma general de la culpabilidad, aunque penada más benignamente. Para los posglosadores y sus descendientes (los prácticos), la noción de la previsibilidad se impone en la definición de culpa, que para ellos era la conducta voluntaria, no conforme al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio.

Por otra parte, y dejando por un momento a Jiménez de Asúa, es importante señalar que no obstante que a lo largo de la evolución del derecho penal se ha tratado a través de diferentes posiciones dogmáticas de explicar la esencia de la culpa, el estudio de ésta, hasta antes de la mitad del siglo XX había sido abordado en un segundo plano, dado que tomo mayor atención para la dogmática jurídico penal el estudio del dolo.

En este sentido Welzel establece “que en Hegel el delito doloso estaba tan marcadamente en el primer plano, que el delito culposo no es mencionado ni una sola vez. Esto trajo como consecuencia que los hegelianos se esforzaran por vincular de alguna manera el delito culposo con el doloso: era el comportamiento negativo de la voluntad, en lo cual al mismo tiempo había algo positivo, esto es, el saber y querer de la condición de la cual se originaba como consecuencia posible un resultado que lesionaba el Derecho.”² “El delito imprudente solo era un *quasi delictum*, más afín al derecho civil que al penal propiamente dicho.”³

Lo que si es un hecho, es que el estudio de la culpa y su estructura ha sido estudiada con mayor atención a partir de la segunda mitad del siglo pasado en virtud del acelerado desarrollo industrial y tecnológico a nivel mundial, situación que trajo como consecuencia que los estudiosos del derecho penal se preocuparan cada vez más por conocer su verdadera esencia, y en esas condiciones poder delimitar mejor la responsabilidad penal y fundamentar más eficientemente la imposición de la pena.

² Op. cit., pp. 153-154.

³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, op. cit., p. 53.

Con razón y como bien lo refiere Juan Bustos Ramírez, “actualmente el tratamiento de la culpa viene a cambiar de manera radical, en razón de los cambios profundos que se producen en las relaciones sociales, con motivo de la creciente importancia e influencia de la máquina en la vida social, en especial en el tráfico. Al aumentar la potencia de la actividad humana, se intensifican a su vez los riesgos que de ella se derivan, sobre todo por las limitaciones que tiene el control del individuo sobre la máquina.”⁴

En las condiciones antes apuntadas, puede concluirse que hoy por hoy, el estudio de la culpa ha cobrado gran importancia dado el desarrollo industrial a nivel mundial, por esa razón la dogmática jurídico penal a centrado mayor atención en explicar su verdadera esencia, en contraposición a lo que antes de la primera mitad del siglo XX se llegó a afirmar, de que la culpa había sido relegada a un segundo plano por el estudio del dolo, y que llegó a ser la hijastra del derecho penal, tal y como Jiménez de Asúa siguiendo a Binding lo señaló con las siguientes palabras: “ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido, durante siglos, por las páginas a él consagradas”.⁵

2.2. Evolución dogmática de la culpa

Por cuestiones de orden metodológico se ha considerado conveniente en primer lugar, realizar un estudio retrospectivo de las diferentes etapas de desarrollo histórico de la culpabilidad, con la finalidad de conocer de que manera fue atendida la culpa dentro de su estructura, es decir, desde la corriente psicológica, pasando por la teoría normativa mixta, hasta llegar a la teoría finalista, sostenida fundamentalmente por Welzel, en la que se hace una reubicación sistemática de la culpa, pues se extrae ésta de la culpabilidad para ser insertada en el tipo penal.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Manual de Derecho Penal Español, parte general, Ed. Ariel , S.A., Barcelona, 1984, p. 261.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Teoría del delito, op. cit., p. 414.

Posteriormente se efectuara una noción general de las principales aportaciones doctrinales hechas por Exner y Engisch en relación a la culpa, para finalmente aterrizar nuestro estudio en las ideas sostenidas por el sistema funcionalista del delito, en dónde cobran vital importancia las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva en la explicación del fundamento de la culpa.

2.2.1. Concepción psicológica de la culpabilidad

La culpabilidad para el sistema clásico del delito era entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa. La culpabilidad es colocada en el ámbito de lo subjetivo. Advirtiéndose que la conexión psicológica para el delito culposo, entre el autor y su hecho es imperfecta; al contrario de cómo ocurre en el delito doloso, en donde hay identidad entre lo querido por el autor y el resultado producido.

Se puede afirmar que para el sistema clásico del delito conocido también como causalismo naturalista, a la culpabilidad se le entendió desde el punto de vista de la teoría psicológica y sus principales postulados en relación a la culpabilidad fueron los siguientes:

- 1.- Relación hecho – autor.
- 2.- Vínculo subjetivo y objetivo.
- 3.- El dolo y la culpa constituyen:
 - a) Relación psíquica entre el autor y su hecho.
 - b) Especies de la culpabilidad.
- 4.- Conexión de causalidad psíquica implica culpabilidad.
- 5.- Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Díaz Aranda explica que “la influencia de la corriente naturalista condujo al desarrollo del concepto psicológico de culpabilidad, de acuerdo con el cual el

dolo constituye una forma de culpabilidad y no sólo un elemento de la misma. De esta guisa las formas de culpabilidad eran dos, a saber: culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa. Para determinar la culpabilidad del sujeto se establecía cuál había sido la relación de causalidad psíquica, también llamado nexo psicológico, entre el autor y la producción antijurídica del tipo, es decir, el resultado; en ese sentido se pronunció von Liszt al afirmar: la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica.

De esta guisa, si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado, es decir si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba la especie más perfecta de culpabilidad, pero no supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor. En cambio, a la culpa se le consideraba como una conexión psíquica imperfecta con el hecho.”⁶

Feijóo⁷ nos dice que entre los partidarios de esta corriente psicológica era absolutamente dominante la concepción de la pena como instrumento que cumple una función de prevención general negativa o intimidatoria. La pena se concebía como un instrumento de coacción que influía en el momento de formación de la voluntad. Este apoyo general a la teoría de la coacción psicológica como idea fundamental a partir de la que construir un sistema de la teoría jurídica del delito armonizaba perfectamente con la concepción de la culpabilidad como *la voluntad consciente de una infracción de la ley penal*. De acuerdo con esta concepción de la culpabilidad, sólo podía existir culpabilidad en virtud de un querer defectuoso, pero no en virtud de un defecto cognitivo o entendimiento defectuoso. De esta manera se produjo un fenómeno en la literatura que Binding definió de forma genial como *la persecución del dolo en la imprudencia*. La teoría de la coacción psicológica condujo consecuentemente a una radical psicologización de la teoría de la imputación donde sólo se podía imputar aquel hecho que fuera previo ex ante por el sujeto. La única

⁶ DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, Dolo (causalismo-finalismo y la reforma penal en México), 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 9-10.

⁷Cfr. FEIJÓO, BERNARDO, Resultado lesivo e imprudencia, estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, Barcelona, España, Ed. José María Bosch Editor, 2001, pp. 36-39.

consecuencia lógica para estos autores consistía en desterrar, al menos, la denominada imprudencia inconsciente de la teoría general del delito. La imprudencia inconsciente no podía ser tenida en consideración como infracción penal.

En esta línea doctrinal Feijóo, destaca las ideas de Stubel, quien considera que sólo las acciones dolosas son acciones culpables. Para este autor sin conocimiento y sin voluntad no hay culpabilidad. Consecuentemente, considera que sólo la imprudencia consciente, que consiste en un dolo de peligro con consecuencias no perseguidas intencionadamente es culpabilidad.

Agrega Feijóo, que otros autores más atentos a las necesidades de la realidad no renunciaron a la posibilidad de reaccionar con una sanción penal frente a acciones que Stubel consideraba coherentemente como no culpables. Sin embargo, no consideraban la imprudencia como una forma de cometer un delito, ya que no se trataba de una acción culpable, sino que la consideraban como un cuasidelito. Dentro de los autores que defienden esta posición se encuentra Almendigen, quien en relación a la imprudencia inconsciente dice que ésta no puede construir una infracción voluntaria de la norma penal. Renuncia a la *teoría de la coacción psicológica* como fundamento de la pena, para convertir ésta en un instrumento de prevención especial. El delito imprudente es considerado como un delito no culpable (cuasidelito).

Otro autor de la época dice Feijóo, fue Klein, quien intentó explicar dónde se encontraba la diferencia volitiva de la imprudencia con respecto al dolo. Según él la imprudencia consistía en un dolo negativo: no cumplir lo debido por preferir dirigir la voluntad hacia otros asuntos. Mientras el dolo considerado como *mala voluntad positiva* consistía en la voluntad dirigida a no evitar la acción, la imprudencia considerada como *mala voluntad negativa* suponía la falta de una voluntad buena tendente a evitar la acción punible y que consiste en no haber querido informarse y estar preparado suficientemente. El delito doloso consiste según esta visión en querer de más y el imprudente en querer de menos. El defecto de la voluntad que fundamenta la culpabilidad en el delito imprudente consiste en no querer formar o emplear la capacidad o la

atención necesarias para evitar la conducta infractora de la ley. Al autor imprudente no se le reprocha el haber querido la lesión, sino el haberle faltado la voluntad correspondiente para evitarla. Ahí reside para Klein su culpabilidad.

“En el marco de la concepción psicológica de la culpabilidad el problema de la ubicación sistemática de la imprudencia no planteaba mayores problemas: su ubicación era paralela a la del dolo. Este aspecto sistemático fue especialmente importante para la escuela clásica del Derecho penal (v. LISZT, BELING, RADBRUCH) que destacaron por su pretensión de ordenar un sistema que tuviera un carácter pedagógico y fuera sencillamente comprensible. En esta línea su división del delito en dos partes, injusto y culpabilidad, se basó en una diferencia claramente comprensible y mecánica: al injusto pertenecía el lado objetivo de la conducta delictiva y a la culpabilidad el lado subjetivo. De esta manera, el injusto se ocupaba sólo de los procesos causales que producía un movimiento corporal y la culpabilidad se ocupaba del contenido psicológico de ese movimiento corporal. Dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad el dolo y la imprudencia se entendieron como las dos formas de manifestación de la culpabilidad. El injusto en ambos delitos era común ya que se limitaba a la descripción de un proceso causal. El tipo se encontraba desprovisto de toda clase de valoración. En los delitos de resultado, el delito se fundamentaba en la relación psicológica con el resultado típico.”⁸

De modo general, puede decirse que uno de los principales problemas que enfrentó la concepción psicológica de la culpabilidad, en relación al delito culposo, lo fue sin lugar a dudas las dificultades para explicar la culpa inconsciente, en la que no es posible afirmar la existencia de un nexo psicológico entre autor y resultado, considerándose a la culpa consciente únicamente como una conexión psíquica imperfecta entre el autor y el resultado producido, por ende una forma imperfecta de la culpabilidad.

⁸ Ibidem, p. 43.

2.2.2. Concepción normativa mixta de la culpabilidad

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX se produce un cambio de perspectiva, el delito, tanto doloso como culposo, deja de encontrar su fundamento en una relación psicológica como en el hecho típico, para pasar a entenderse como un juicio normativo de reproche. Esta concepción del delito entendía que la culpabilidad no tenía su fundamento en una mera constatación y descripción psicológica, sino que suponía una valoración con carga negativa (un reproche). Esta concepción normativa de la culpabilidad es conocida también como normativa mixta o compleja porque se compone de elementos psicológicos y normativos; dolo y culpa, pasan de ser especies de la culpabilidad a convertirse en elementos de ésta; la culpabilidad es entendida como reprochabilidad, pero conteniendo también al dolo y a la culpa. Esta corriente se ubica históricamente en la etapa del causalismo valorativo o sistema neoclásico.

Para esta posición doctrinal de la culpabilidad, sus principales postulados son:

- 1.- La culpabilidad como juicio de valor.
- 2.- El dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.
- 3.- Requiere de la presencia de:
 - a) Imputabilidad como capacidad de culpabilidad;
 - b) El dolo y la culpa;
 - c) Ausencia de causas de exculpación.
 - d) Exigibilidad (normalidad de las circunstancias en que el autor obra).
- 4.- Mantiene el sentido sistemático del causalismo.

Fue Frank⁹ quien puso de relieve la insuficiencia, para la culpabilidad, de un nexo psíquico entre autor y resultado. Además de dolo o culpa, se requiere de imputabilidad y la normalidad de las circunstancias concurrentes; esta normalidad que, en las ediciones posteriores de su comentario, denomina libertad o dominio sobre el hecho, desaparecerá cuando concurren la causas de exculpación de la culpabilidad, por ejemplo el estado de necesidad. “La culpabilidad, que ya no se agota en un simple nexo psíquico entre autor y resultado, recibe por primera vez el calificativo de reprochabilidad.”¹⁰ “Frank establece que en la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.”¹¹

“Infiere Frank que la culpabilidad como reprochabilidad es un concepto complejo, entre cuyos caracteres constitutivos o elementos están, al lado del dolo y la culpa, la imputabilidad y las circunstancias concomitantes del hecho antijurídico. Anota, en fin, que el concepto de reprochabilidad viene solo a ser una breve síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad, que enunciados en forma completa y sintética son:

a) Una aptitud espiritual normal del autor, que es lo que se llama imputabilidad;

b) Una cierta concreta relación síquica del autor con el hecho en cuestión o aún la posibilidad de esta, que es lo que se conoce en el primer caso, como dolo, y, en el segundo, como culpa o imprudencia;

⁹ Cfr. REINHARD FRANK, Estructura del concepto de culpabilidad, Trad. Sebastián Soler, Santiago de Chile, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

¹⁰ CÓRDOBA RODA, JUAN, Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista), Barcelona, Ed. Ariel, 1963, p. 28.

¹¹ HEINRICH JESCHECK, HANS, op. cit., p. 280.

c) La normalidad de las circunstancias en las cuales el actor obra, que es lo que luego se denominará exigibilidad, o, de modo negativo, no exigibilidad de una conducta diversa.”¹²

“Reinhart Frank fue el primero que puso de manifiesto las insuficiencias del concepto psicológico de culpabilidad, criticó que el concepto de culpabilidad fuera entendido simplemente como la suma de “dolo” y de “culpa”, es decir, como relación psicológica del autor con su hecho, y como incomprensible que se considerara, no obstante, el estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad, y afirmó en cambio, que el concepto de culpabilidad es un concepto complejo, y que entre sus partes integrantes (elementos) se encontraban, además del dolo y la culpa, también la “imputabilidad” y las “circunstancias concomitantes” al hecho; afirmó, asimismo, que la ausencia del “estado de necesidad” – al ser entendido como “causa de inculpabilidad” – no podía permanecer fuera del concepto de culpabilidad, sino que debía sumarse a ella. Y, al buscar un concepto en que pudieran encerrarse todos los elementos mencionados, no encontró otro mejor que el de *reprochabilidad*: “culpabilidad es reprochabilidad”.¹³

“Goldschmidt y Freudenthal desarrollan con posterioridad las ideas de Frank. Para el primero, a cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una norma de deber conforme a la cual debe el autor orientar su conducta interna. La infracción de esta norma constituye la culpabilidad; el sujeto habrá infringido esta norma siempre que, por razón de las circunstancias concurrentes, le fuera exigible la adecuación de su conducta al Derecho; en los casos en los que, por razón de esas circunstancias, no pudiera acomodar su comportamiento al orden jurídico, dejará de serle exigible una conducta conforme a Derecho. La aportación de Freudenthal estriba en haber destacado que la exigibilidad constituye un requisito general de la culpabilidad, de tal

¹² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho Penal fundamental (introducción al Derecho Penal, evolución de la teoría del delito), T. I, 2ª ed., Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1993, p. 264.

¹³ MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana, Revista Criminalía, Año LVIII, Septiembre-Diciembre, Número 3, Ed. Porrúa, México, 1992, pp. 39-40.

suerte que la no exigibilidad motiva, pese a la concurrencia de dolo o culpa, la exclusión de esta característica del delito.”¹⁴

Feijóo¹⁵, refiere que la doctrina mayoritaria acabó acudiendo en el seno de la culpabilidad a una doble medida objetiva – subjetiva del deber de cuidado. Primero se tenía en cuenta el cuidado exigido en general en el tráfico jurídico (que se encuentra conformado primordialmente por el riesgo permitido y la *previsibilidad objetiva* del resultado) y a continuación se tenía en cuenta si ese deber de cuidado era exigible al autor en concreto (si el autor de acuerdo con sus capacidades personales podía haber previsto y evitado el resultado típico). El deber subjetivo de cuidado restringía el alcance de la responsabilidad penal por haber infringido el deber objetivo de cuidado. La introducción de elementos normativos de la culpabilidad como el deber objetivo de cuidado o el estado de necesidad fue uno de los argumentos utilizados para pasar de una concepción psicológica de la culpabilidad a una concepción normativa. Con la concepción normativa dolo y culpa dejaron de entenderse como la culpabilidad misma (las dos especies de culpabilidad), y se tuvieron en cuenta, otros elementos normativos dentro del juicio de culpabilidad. El dolo y la culpa eran dos de tantos otros elementos heterogéneos de la culpabilidad. Podía existir una conexión psíquica con el resultado (previsión o previsibilidad) y sin embargo no existir culpabilidad (riesgo permitido).

“Con la concepción normativa de la culpabilidad se superaron las deficiencias de las construcciones anteriores en relación a la imprudencia, asentándose de forma definitiva dos ideas básicas para la comprensión actual del delito imprudente:

a) Por un lado, que es posible reprocharle a alguien su comportamiento y, en consecuencia, imponerle una pena, aunque no llegara a darse cuenta de que podía causar un resultado. De esta manera se superaron los problemas político – criminales que podía acarrear la impunidad de la imprudencia

¹⁴ Cit. por CÓRDOBA RODA, JUAN, op. cit., pp. 28-29.

¹⁵ Cfr. Op. cit., pp. 44-45.

inconsciente. La teoría normativa de la culpabilidad logró superar la discusión sobre la culpabilidad de la imprudencia inconsciente.

b) Por otro lado, que la mera previsión de la causación de un resultado no es suficiente para imputar un resultado a título de imprudencia. El conocimiento de la peligrosidad del propio comportamiento sólo es relevante para el Derecho Penal si dicha peligrosidad esta relacionada con la infracción de un deber de cuidado. Una persona puede prever un peligro o una posibilidad de lesión y no comportarse de forma imprudente o descuidada. Una concepción excesivamente psicológica puede conducir la responsabilidad penal por imprudencia a límites político-criminales insostenibles. En el marco de la concepción psicológica no se podía explicar la necesidad de acudir a un deber objetivo de cuidado que supone un elemento normativo extraño para este tipo de concepciones.

Con la concepción normativa de la culpabilidad la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente pierde la relevancia que había tenido anteriormente. Lo decisivo es si el autor ha infringido la norma de cuidado y la intensidad de dicha infracción pero no si el autor se ha dado cuenta de que podía causar un resultado.”¹⁶

Las consecuencias a que obliga esta concepción normativa de la culpabilidad se expanden en dos direcciones:

“a) Por un lado, la exacta concepción normativa de la culpabilidad excluye todo vaciado del concepto de culpabilidad, es decir, todo intento de reducir el juicio esencial de la culpabilidad a la simple constatación de la existencia de concretas causas de culpabilidad;

b) Y, además, denuncia expresiones como la de dolo natural o imprudencia natural (es decir, conceptos privados precisamente de su

¹⁶ Ibidem, pp. 45-46.

contenido de valor), como graves equivocaciones que deben evitarse por superfluas y contrarias a la propia naturaleza de estos conceptos.”¹⁷

A modo de conclusión se puede decir, que con el sistema neoclásico se sometieron a revisión múltiples concepciones del sistema anterior, relativas a la estructura del delito, y en relación a la culpabilidad se le concibió en el ámbito propio de lo subjetivo, pero también valorativo; lo valorativo se involucra ya en toda la estructura del delito, fundamentalmente en la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, el dolo y la culpa pasan a ser de especies de la culpabilidad a elementos o formas de ésta. La culpabilidad fue entendida como la relación psicológica entre el autor del hecho y el resultado, formando parte de la culpabilidad, las formas de culpabilidad: el dolo y la culpa, además se le agregó un juicio de valor que da origen precisamente al reproche del autor por el hecho que ha originado el delito. La teoría normativa, es en realidad un concepto mixto de la culpabilidad, que coloca en ella, como elementos constitutivos, ingredientes psicológicos como el dolo y la culpa e ingredientes normativos como la exigibilidad y el deber objetivo de cuidado, además de que se resuelve el problema para punir la culpa inconciente.

2.2.3. Reubicación sistemática de la culpa en el finalismo

A la reubicación sistemática de la culpa en el finalismo, se le conoce en el ámbito doctrinal como concepción normativa pura de la culpabilidad, es denominada así porque se ha convertido en un puro juicio de reproche. El dolo y la culpa han sido trasladados de la culpabilidad al tipo. Se le reprocha al sujeto el haber decidido cometer el delito, no obstante haber podido actuar de otro modo y no lo hizo. La inclusión de la finalidad en la acción, y la del dolo y culpa en el tipo, priva a la culpabilidad de todos sus elementos psicológicos. Sus componentes son ahora puros procesos de valoración; la imputabilidad constituye el juicio sobre la general capacidad de motivación del sujeto; de la posibilidad del conocimiento del injusto se extrae la conclusión de que el autor

¹⁷ MEZGER, EDMUNDO, Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal, Trad. Muñoz Conde, Francisco, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000, p. 52.

imputable podía, también en el caso concreto, conocer el carácter antijurídico de su hacer; por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, pone de manifiesto que no concurre a favor del sujeto situación coactiva alguna.

La culpabilidad fue entendida como reprochabilidad, sus principales modificaciones se hicieron consistir en lo siguiente:

1.- Sustraer el dolo y la culpa de la culpabilidad, para ser trasladados al tipo.

2.- La culpabilidad deja de conocer de la parte subjetiva del hecho.

3.- Se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.

4.- Los elementos de la culpabilidad se hicieron consistir en:

a) Imputabilidad;

b) Conciencia de la antijuridicidad;

c) Exigibilidad de otra conducta (algunos autores hablan de ausencia de causas de exculpación, las cuales pueden eximir al sujeto de reproche).

La culpabilidad, según el finalismo, es el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adoptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo. La culpabilidad constituye el juicio sobre el autor, en especial sobre su proceso de motivación.

El principal exponente de esta corriente es Hans Welzel, quien al tratar el tema de la culpabilidad establece que esta “fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El

hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad: allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica...Culpabilidad es “reprochabilidad” de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es, según esto, “culpabilidad de voluntad” sólo aquello respecto del cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones –todo aquello que el hombre simplemente “es”-ya sean valiosas o mediocres, (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o como las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas, o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como mérito o reprochado como culpabilidad.”¹⁸

En relación a la reprochabilidad de los delitos culposos, Welzel establece que “la antijurídidad de los delitos culposos surge de la lesión del cuidado objetivo en la ejecución de la acción del autor, la “posibilidad de conocimiento de la antijurídidad” significa posibilidad individual de conocimiento de la contravención del cuidado de la acción del autor. Y ya que la contravención del cuidado está referida siempre a la posibilidad de una lesión del bien jurídico, la *posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad* comprende también la posibilidad de conocimiento individual de la contravención del cuidado de la acción del autor en relación a una posible lesión del bien jurídico. Al respecto hay que distinguir:

a) La culpa conciente: la lesión consciente del cuidado objetivo en la confianza de que el posible resultado no se producirá.

b) La culpa inconsciente: la lesión del cuidado objetivo no reconocida, pero reconocible por el autor en relación al resultado posible de producirse.”¹⁹

¹⁸ Op. cit., pp. 166-167.

¹⁹ Ibidem, p. 207.

En relación a los delitos culposos Welzel puntualiza que “éstos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe *el cuidado necesario en el tráfico* para evitar dichas consecuencias. El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho Penal.

En los delitos culposos la acción típica no está “definida en la ley”. Sus tipos son, por ello, tipos “abiertos” o que “necesitan ser complementados”, pues el juez tiene que completarlos en el caso concreto, con arreglo a un criterio general. Este criterio está descrito, de un modo sumamente acertado, en el artículo 276 del código civil: “Actúa culposamente el que no observa el cuidado necesario en el tráfico”. El juez tiene que averiguar, pues, en primer lugar, cuál es el cuidado necesario en el tráfico, para el autor, en la situación concreta en que se encuentra y después, mediante una comparación de esta conducta debida con la acción real, constatar si ésta era o no conforme al cuidado debido.”²⁰ Al cerrar el tipo el Juez está en aptitud de hacer el correspondiente juicio de tipicidad.

“La teoría final de la acción propuesta por Welzel, provocó entre otros efectos el redimensionar la idea del delito, así como la ubicación del dolo a nivel del tipo y la infracción del deber de cuidado, sustrayéndolas de la

²⁰ WELZEL, HANS, El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Trad. José Cerezo Mir, Barcelona, España, Ed. Ediciones Ariel, 1964, pp. 69-70.

culpabilidad, lugar que hasta entonces se les había asignado. En estos términos la culpabilidad dejó de ser interpretada como el continente de todo lo subjetivo y se estableció la posibilidad de que existan elementos de esta índole a nivel del tipo, con lo anterior perdió total vigencia la concepción psicológica de la culpabilidad y se transformó en una concepción puramente normativa. En tal virtud, el reproche vertido en contra del autor del delito se encuentra a nivel de su comportamiento típico y antijurídico, quedando en la culpabilidad sólo las condiciones que permiten atribuir dicho reproche a su autor.”²¹ La culpabilidad ahora se convierte en la valoración del objeto y el dolo y la culpa que se ubican ya en el tipo su objeto de valoración.

“El intento de explicar los delitos culposos desde el punto de la finalidad comienza acudiendo a la finalidad potencial o posible: esta forma de aparición del delito se caracteriza porque el autor, en virtud de su posible previsión final podía haber evitado el resultado. En la imprudencia consciente esta evitabilidad del resultado fue factible porque el autor lo previa como consecuencia posible de su actuar, aunque confiara en su no producción. En la previsión del resultado se basa, pues, la posibilidad de su evitación. En la imprudencia inconsciente, por el contrario, ni siquiera existe una previsión actual. Aquí el elemento de la acción relevante para el injusto consistirá en la posibilidad de haber previsto la lesión del bien jurídico, posibilidad que hubiera dado ocasión a su evitación. Esta posibilidad ha de ser enjuiciada, según Welzel, teniendo en cuenta al autor concreto con sus características individuales y no, simplemente, a un ciudadano ideal.”²² La culpa inconsciente sigue siendo un problema sin resolver.

A decir de Feijóo²³, fue Welzel el primero que tuvo en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos de la imprudencia en el injusto. Es de sobra conocida su decisiva influencia para que un sector importante de la doctrina ubique el dolo y la imprudencia (al menos el deber objetivo de cuidado) en el

²¹ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, Teoría del delito, México, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 165-166.

²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, La imputación objetiva del resultado, España, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 27.

²³ Cfr. Op. cit., pp. 65 y ss.

ámbito de la tipicidad. Posteriormente volvió a ubicar el deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad, manteniendo el objetivo en el injusto. Así quedo definitivamente configurado la sistematización del delito imprudente que hoy en día se puede considerar como doctrina mayoritaria y cuyo primer fundador fue Engisch. Aunque fue el finalismo el que afincó definitivamente el deber objetivo de cuidado y el cuidado necesario en el tráfico en el tipo de injusto tal y como hoy lo concibe la doctrina dominante. Dice que Welzel establece, que la diferencia entre dolo e imprudencia se dan en el elemento subjetivo de la acción. Al entender la acción en sentido psicológico, Welzel no podía conseguir un concepto de acción que abarcará la conducta dolosa y la imprudente. El tipo doloso comprende tipos de injusto finales y el imprudente tipos de injusto causales evitables; el dolo es dominio final del hecho y la imprudencia causación evitable.

Comenta que para Welzel únicamente el dolo era acción final y por lo tanto en el delito imprudente no se desvalora la finalidad del sujeto, sino las consecuencias de su acción. Los delitos imprudentes eran así entendidos como meros delitos de causación: No exigen más que el que un hombre haya causado un resultado no querido (y que esa causación fuera evitable). Frente a la finalidad actual dirigida al resultado que caracteriza a los delitos dolosos, la imprudencia no era más que finalidad potencial o falta de una mejor dirección final para evitar el resultado.

Más adelante comenta que en la década de los cuarenta Welzel llega, incluso, a coincidir con Mezger en que la conducta imprudente no es más que una *forma raquítica* de finalidad humana, es pura causación. La diferencia primordial con la doctrina causal de la acción reside en que, al menos, esa causación ha de ser evitable finalmente: El desvalor de acción en los delitos imprudentes consiste en la no evitación imprudente del resultado. Pero no toda evitabilidad individual fundamenta la existencia de un delito imprudente. Sino que Welzel mantiene una concepción normativa de la evitabilidad. No se realiza un tipo penal si el sujeto respeta el cuidado necesario en el tráfico, no supera los niveles de riesgo permitido o se comporta de forma socialmente adecuada.

Para Welzel establece Feijóo, la responsabilidad del autor imprudente no se basa en una relación psíquica real sino en una relación normativa que tiene su fundamento en la infracción de un deber. Así con su conocido ejemplo de la colisión de dos coches en una curva cerrada porque el coche A se pasa del lado derecho de la carretera al lado izquierdo mientras que el coche B circula correctamente por el lado derecho, la doctrina tuvo que admitir que lo racional era declarar la conducta de A como injusto y la de B como desgracia que se convierte en lesión sólo por la conducta defectuosa del que circula por el carril contrario. Un conductor no respeta el cuidado mínimo que hay que tener en el ámbito del tráfico viario mientras el otro, con base en el principio de confianza, no infringe ningún deber de cuidado. Desde un punto de vista teleológico, el cuidado necesario en el tráfico (incluyendo el principio de confianza) no podía ser entendido más que como un elemento del tipo que elimina la tipicidad de una conducta aunque hubiera algún tipo de relación causal con un resultado.

Una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos si su dirección real no se corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico. El tipo de injusto imprudente se fundamenta en la no prestación de un cuidado necesario en el tráfico para preservar bienes jurídicos, cuidado que el autor podía haber prestado con una mejor orientación de la finalidad. Supone la divergencia entre la acción final realmente emprendida y la que debería haber sido realizada en virtud de lo prescrito por la norma de cuidado.

“Welzel, precursor del injusto personal y del desvalor de acción, afirmaría que el desvalor de acción constituye el desvalor general de todos los delitos, y, en los delitos imprudentes, el núcleo del injusto. El momento esencial del delito imprudente no es, pues, el resultado, sino la acción, la infracción del cuidado debido, que consiste en una puesta en peligro por encima de los límites del riesgo permitido, de lo socialmente adecuado.”²⁴

²⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑES, TERESA, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, Ed. Gráficas Arias Montano, 1994, pp. 120-121.

Otra de las aportaciones de Welzel consiste en que “la identidad del concepto de acción en las conductas dolosas y en las culposas, es evidente. Tanto el comportamiento doloso como el imprudente presuponen una acción. El delito culposo se aparta del doloso en el ámbito del tipo. Mientras que el tipo objetivo integrado por el suceso externo causal, es idéntico en toda clase de delitos, en el sector subjetivo la situación se presenta de modo distinto. En los hechos dolosos la finalidad de la acción se dirigen al resultado típico, pasando a recibir la denominación de “dolo”; en los culposos, la finalidad apunta a un resultado determinado, pero tipificado. Del hecho de que el autor haya llevado a cabo una acción arriesgada causante de un resultado típico, no cabe extraer aún juicio de reproche alguno. Un tal juicio solo podrá ser emitido cuando el autor con su acción peligrosa, ha desatendido aquel deber de cuidado que cabe exigir de modo general, al objeto de limitar la producción de resultados delictivos, y no a respondido además a la medida de las exigencias que le pueden ser dirigidas en atención a su capacidad personal. El juicio global del “delito imprudente” se define, pues, por dos componentes, que se configuran ordinariamente como infracción del general objetivo, deber de cuidado, y como desatención del cuidado individual, posible al autor concreto. Solo cuando se haya producido esa doble infracción del deber y del poder, existirá delito imprudente. La primera componente se incluye, por la mayor parte de la doctrina finalista, en la antijuridicidad; la segunda, unánimemente, en la culpabilidad.”²⁵ Con esto se pone de relieve que para esta sistemática el deber objetivo de cuidado se ubica a nivel del injusto, y el deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad.

En razón de lo anterior se puede concluir con certeza que la principal aportación de Welzel en la construcción del injusto imprudente, radica en que tuvo en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos de la imprudencia en el injusto; ubicó el deber objetivo de cuidado en la tipicidad y el deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad.

²⁵ CORDOBA RODA, JUAN, op. cit., pp. 49-50.

Al no poder establecer un concepto general de acción, que abarcara tanto al delito doloso, como al culposo; estableció su concepto de acción imprudente entendida como finalidad potencial, es decir, como posibilidad de evitación; como una falta de dirección final para evitar el resultado; por ello mantiene un concepto normativo de evitabilidad basado fundamentalmente en tres aspectos: el cuidado necesario en el tráfico, riesgo permitido y conducta socialmente adecuada.

La culpabilidad imprudente la basa, no en una relación psicológica, sino normativa, que tiene su fundamento en la infracción de un deber objetivo de cuidado.

La culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con un contenido también básicamente subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto o lo que es lo mismo en la capacidad de configuración de su voluntad por parte del sujeto. Por eso se puede afirmar que se trata de una concepción puramente normativa de la culpabilidad.

2.2.4. La contribución de Exner en el fundamento de la culpa

Entre las contribuciones para poder explicar el fundamento de la culpa, se puede señalar que para Exner “la culpabilidad solo puede radicar en el sentimiento, aquellas cosas que sentimos, esas no las olvidamos: cuando hay un sentimiento en relación a bienes o personas, en este caso, están presentes en nuestra conciencia y aplicamos, entonces, el cuidado necesario para que esos bienes o personas no sufran daño alguno. Luego, el fundamento de punibilidad, en la culpa esta en la falta de este sentimiento que se puede exigir a las personas en su vida social: lo que es realmente valioso e importante no lo pasamos por alto ni lo olvidamos tan fácilmente, de este modo, Exner apunta ya a la existencia del llamado cuidado objetivo, como esencial en el delito culposo y que diferenciaría su estructura del doloso. Lo valioso e importante en la vida social exige respecto de cualquier sujeto un determinado cuidado. Luego, este cuidado es de carácter objetivo – valorativo, por lo tanto ha de formar parte no de la culpabilidad, sino de la antijuridicidad (que en los

causalistas es un aspecto objetivo-valorativo) las estructuras del delito culposo y doloso empiezan a escindirse. Pero, en el delito culposo antijuridicidad y culpabilidad están indisolublemente ligadas, pues para que surja ese cuidado objetivo exigido es necesario que se de el momento de sentimiento, pues en caso contrario no se aplicarán el cuidado requerido: antijuridicidad y culpabilidad no se pueden separar.”²⁶

En esta posición doctrinal se advierte ya, que lo que se pune en el delito culposo, no es el resultado, sino la infracción al deber objetivo de cuidado.

La teoría de Exner, valiéndonos de sus propias palabras, según dice Jiménez de Asúa, consiste en que “cuando el autor podía y debía prever conforme a las circunstancias y a su personal capacidad el resultado dañoso de su acción, ese efecto debe serle imputado a título de culpa, puesto que, en ese caso, la conducta demuestra una valoración insuficiente, contraria al deber, del bien jurídico lesionado, y el agente con su acto se ha hecho acreedor a culpa...En verdad el derecho tiene un determinado interés de evitar las consecuencias antijurídicas; o sea un estado psíquico, dado el cual, las cosas se miran automáticamente. De modo más exacto puede decirse que se reprocha al autor en la culpa inconsciente, no la falta de previsión, sino la falta de aquel interés que ha traído como consecuencia no reconocer el peligro. Del mismo contenido es el reproche de la culpa conciente. En ambos casos el juicio de culpabilidad afirman que la conducta demuestra la falta de aquella valoración de los bienes jurídicamente protegidos, que puede exigirse justamente a todo ciudadano”.²⁷ Por lo tanto, en la culpa inconsciente como en la conciente, el sujeto advierte en el mundo fáctico una ausencia de interés en prever lo previsible y evitable.

Haciendo un ejercicio de síntesis se puede afirmar que para Exner la culpa se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Ausencia de sentimiento para aplicar el cuidado debido.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, op. cit., p. 263.

²⁷ Teoría del delito, op. cit., pp. 434-435.

- b) El cuidado es objetivo-valorativo.
- c) El cuidado es objetivo, se ubica en la antijuridicidad.
- d) El sentimiento es valorativo, se ubica en la culpabilidad.
- e) Antijuridicidad y culpabilidad son insolubles.
- f) Valoración insuficiente del poder y deber de previsibilidad en el activo.

2.2.5. Contribución de Engisch para explicar la esencia de la culpa

La doctrina, de forma unánime, reconoce en el origen del moderno concepto de imprudencia como forma específica del injusto, los planteamientos de Engisch, que al constatar la insuficiencia de un modelo causal naturalístico para explicar lo que la comunidad jurídico penal tendía a entender como delito culposo, propuso que la infracción de un deber de cuidado debía ser la clave de entendimiento del mismo y el elemento idóneo para distinguirlo de otras formas de actuación delictiva.

Feijóo²⁸ en su obra intitulada resultado lesivo e imprudencia, puntualiza que a Engisch le corresponde el mérito de haber sido el primer autor que trabajó monográficamente sobre el elemento del cuidado necesario en el tráfico en el ámbito del tipo, en la línea que hoy se puede considerar como mayoritaria. Su concepto de injusto que se encontraba inspirado en la idea de la adecuación, era equivalente para el delito doloso y el imprudente. Este autor se dio cuenta, que el tipo no consistía en un mero proceso causal, sino que era preciso tener en cuenta en el mismo la realidad y las valoraciones sociales. Si la norma penal prohibía conductas, la materia de prohibición no podía ser la causación del un resultado, sino la conducta descuidada.

²⁸ Cfr. op. cit., pp. 51-54.

Para Engisch tanto dolo como imprudencia eran *injustos típicos evitables*. Este autor, a diferencia de lo que haría posteriormente Welzel, mantuvo el dolo y la imprudencia naturales como elementos positivos de la culpabilidad. La evitabilidad era un problema perteneciente a la culpabilidad. De esta manera dolo e imprudencia tenían una estructura paralela, perteneciendo el aspecto normativo de ambos al injusto y el individual a la culpabilidad. El autor imprudente tiene, desde esta perspectiva, el deber de evitar la realización del tipo en los mismos supuestos que el autor doloso.

El deber de cuidado externo fue la denominación que la teoría de la adecuación adquirió en el tipo de injusto del delito imprudente, el deber objetivo de cuidado no supuso más que un desarrollo de la teoría de la causación adecuada (previsibilidad objetiva del resultado). Desatención del cuidado necesario significa siempre: conducta adecuada (para producir el resultado), el elemento de la adecuación se compatibiliza hasta aquí con el elemento de la desatención del cuidado necesario.

A decir de Feijóo este autor entendía la desatención del deber de cuidado externo como un elemento típico flexible que se adapta a la situación concreta. El deber de cuidado tiene un límite: el cuidado necesario en el tráfico. Desde el punto de vista de la teoría de la adecuación, este autor argumenta lo siguiente: el cuidado necesario en el tráfico es, en este sentido, la omisión de aquellas acciones que ocasionan un resultado de forma no improbable, o bien el llevar a cabo aquellas acciones que en una situación en la que hay que esperar el resultado con una probabilidad segura, son apropiadas para evitarlo. El concepto de cuidado necesario en el tráfico, tal como lo formuló Engisch, hay que entenderlo materialmente como un concepto normativo que sirve para seleccionar conductas que, a pesar de causar un resultado típico, no son penalmente relevantes.

Engisch ofrece tres criterios que han estado siempre presentes en la discusión científica sobre el delito imprudente: cuidado como omisión de acciones peligrosas, cuidado como comportamiento externo correcto en supuestos de riesgo tolerados y cuidado como cumplimiento del deber de

información y preparación (estrechamente vinculado a la imprudencia por asunción).

“La doctrina alemana, capitaneada por Engisch, llegó a la correcta conclusión de que carecía de sentido una norma que simplemente prohibiera lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Era preciso al menos que dichas lesiones o puestas en peligro fueran previsibles para una persona cuidadosa en la situación enjuiciada. Por tanto, sólo se encontraban prohibidas, según este sector doctrinal, las conductas que encerraban una tendencia lesiva desde el punto de vista *ex ante*. Así se pretendía asentar una idea que ya no ofrece hoy en día discusión alguna: si algo no se encuentra prohibido u obligado antes de actuar, no pasa a estarlo posteriormente simplemente porque dé lugar a la aparición de un resultado. El tipo de injusto dejaba de ser un tipo de injusto puramente causalista para empezar a ser un juicio sobre los riesgos que se debían planificar en la vida social.”²⁹

“La esencia de la imprudencia es la falta de cuidado, debiendo diferenciarse entre cuidado interno y cuidado externo, cuyo contrapunto es la acción peligrosa. Y, por lo que se refiere al cuidado externo u objetivo, Engisch sostiene que no se trata de una cuestión de culpabilidad, sino de antijuridicidad. La norma penal – concebida como norma de determinación – no puede prohibir la causación de resultados, sólo puede prohibir conductas. Y, en el delito imprudente, sólo las acciones peligrosas, que implican un riesgo de lesión para un bien jurídico, pueden ser antijurídicas. La primera y más sencilla forma de cuidado es la omisión de acciones peligrosas aptas para realizar un tipo. Ahora bien, cuando esa puesta en peligro está excepcionalmente permitida, ese riesgo permitido es causa de exclusión del injusto.”³⁰

Podemos decir que la tesis central de Engisch, consiste en la consideración de la imprudencia como infracción del deber de cuidado y su ubicación en el ámbito de la antijuridicidad, constituyendo, como contenido del desvalor de acción, el núcleo del injusto imprudente. Sostiene que la norma

²⁹ Ibidem, pp. 59-60.

³⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑES, TERESA, op. cit., p. 119.

prohíbe la conducta descuidada, no la causación del resultado, utiliza además, el concepto de cuidado necesario en el tráfico como concepto normativo.

2.2.6. Noción general de la culpa en el sistema funcionalista del delito

Lo primero que hay que hacer a la hora de explicar la estructura jurídica de los delitos culposos es ubicar dicha institución, es decir, posicionarse sobre si se trata de un elemento del tipo, o bien si se trata simplemente una forma de culpabilidad que se encuentra dentro del estudio de lo que en el sistema causalista se ha venido llamando juicio de culpabilidad.

En este orden de ideas, para el sistema funcionalista la culpa se ubica sistemáticamente como elemento de la tipicidad, por ello Roxin afirma categóricamente que “la imprudencia es un problema del tipo, una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero en el tipo se decide si era imprudente.”³¹

Establecido lo anterior, se pone de relieve que para la concepción funcionalista la culpa ya no se ubica sistemáticamente a nivel de la culpabilidad, sino en el tipo, con ello coincide evidentemente con el sistema finalista.

Para Roxin “la teoría de la imputación objetiva pese a que se desarrolló a partir de la oposición al finalismo, refiere la imprudencia al tipo. Pues si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto, que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma, el resultado no se imputa únicamente con ayuda de la teoría de la condición, sino en virtud de criterios que fundamentan una conducta imprudente. La necesidad de tratar la conducta imprudente como problema del tipo resulta por tanto de transformaciones de la teoría del injusto (del recurso a la norma de determinación, del reconocimiento del injusto personal y de la teoría de la imputación objetiva) que poseen validez para todo su ámbito y por

³¹ Op. cit., p. 997.

tanto también para los delitos dolosos. Pero hay también argumentos específicos de la imprudencia para tal ubicación, pues está fuera de discusión que en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es por tanto imprudente; pero lógicamente un riesgo permitido no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca ya el injusto.”³²

Romero Flores³³ señala que los diferentes autores que han tratado la imputación objetiva, suelen dividir el juicio de imputación a realizar en varias fases: creación de un riesgo; realización del riesgo en el resultado; y pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal. Más adelante esta autora señala que si la conducta imprudente por definición es aquella que infringe un deber objetivo de cuidado, habrá que determinar para constatar la imprudencia en esa concreta conducta, que efectivamente se ha lesionado el deber objetivo de cuidado. Por ello, la doctrina se ha dotado de una serie de criterios. Conviene advertir antes, que realmente la lesión del deber de cuidado no constituye más que uno de los presupuestos o requisitos de los tipos imprudentes, a los que podríamos añadir la previsibilidad y evitabilidad del resultado.

Orellana Wiarco señala que para esta sistemática “se argumenta que el concepto *lesión del deber de cuidado* se refiere a un criterio de carácter general, pero aplicado a casos concretos puede llevar a equívocos, pues el autor de un delito culposo se le debe reprochar el haber incurrido en un peligro no permitido por la norma, no como a veces se considera, el de haber omitido un deber de cuidado. En los casos anteriores el sujeto crea un peligro no cubierto por la norma de imprudencia o cuidado, de esta suerte, se afirma para esta sistemática, no se ordena un trato cuidadoso de sustancias peligrosas, de armas, etc., sino que se prohíbe el trato descuidado, no existe un deber de obrar cuidadoso, sino una prohibición de actuar negligentemente. También se

³² Ibidem, p. 998.

³³ Cfr. ROMERO FLORES BEATRIZ, *La imputación objetiva en los delitos imprudentes*, Revista Anales de Derecho, No. 19, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, España, 2001, pp. 263-264.

argumenta en esta sistemática que la previsibilidad o la evitabilidad no son criterios suficientes para considerar que existió o no una conducta culposa, por ello si a pesar de que el sujeto previó o pudo evitar la acción culposa no lo hizo, pero al accionar no puso en peligro o riesgo el bien jurídico o no afectó el fin de protección de la norma; la conducta típica no es culposa; es decir, se puede actuar culposamente previendo un resultado dañoso, pero si al actuar no creó o incrementó el peligro o el riesgo permitido, ni se alteró el fin de protección de la norma, su actuar no resulta culposo, porque faltaría la imputación objetiva. De este modo, a manera de ejemplo, si alguien conduce un automóvil con velocidad excesiva y un transeúnte corre contra el coche, de modo que resulta lesionado, pero también hubiera resultado lesionado aun conduciendo a velocidad permitida, la conducción a la velocidad excesiva no incrementó o creó un riesgo y la culpa se excluye por ausencia de la realización del peligro o por lesionar el fin de protección de la norma, elementos de la imputación objetiva”.³⁴ Se requieren entonces de elementos normativos para valorar la existencia o no de un delito imprudente.

Jakobs sostiene que “por lo que se refiere a la supuesta existencia de un deber de cuidado o de una infracción de cuidado que caracterice la imprudencia, en ésta no haya como en el dolo más deber que el que surge de la norma, y sólo este deber se infringe: en la comisión imprudente, el autor debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (¡cuidadosamente!). Sobre todo en el delito de comisión, lo que se suele decir de que el autor ha dejado de observar el cuidado prescrito es falso desde el punto de vista de la lógica de las normas: En el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado. Ejemplo: En el ámbito de la comisión no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar.”³⁵ “Si no hay un deber especial de cuidado, entonces penalmente relevante es sólo la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imprudente.”³⁶ Con esto se

³⁴ Op. cit., pp. 181-182.

³⁵ Op. cit., p. 384.

³⁶ Ibidem, p. 385.

patentiza, que por la sangre del delito culposo circula el normativismo de Jakobs.

En la determinación del deber objetivo de cuidado juegan un papel fundamental algunos principios creados en Alemania, tales como el principio de confianza. Este principio conecta, indudablemente, con el riesgo permitido, ya que precisamente surgió para delimitar el deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido. “Conforme a este principio, está permitido llevar a cabo actividades cotidianas sujetándose a las reglas generales de convivencia pacífica bajo la presunción que los demás participantes de la misma también actuarán las normas establecidas en ese concreto campo en el que se actúa.”³⁷

La cuestión del deber objetivo de cuidado cuya lesión provoca la aparición de una conducta imprudente se enlaza necesariamente con la teoría del incremento del riesgo modernamente formulada por Roxin, sin embargo, en este apartado únicamente se hará una breve referencia a esta, dado que será abordada con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

“En un primer momento, se tiene que determinar el riesgo que se quiere controlar o evitar, para poder calificarlo como típicamente relevante. Esta operación debe realizarse antes de comparar la conducta que supuestamente infringe la norma de cuidado con la conducta que sería idealmente adecuada a derecho...En la determinación del deber objetivo, para constatar que en las circunstancias en las que se produce la conducta se pudo y debió actuar de otra manera, existirá tipicidad imprudente si hay peligro cierto de que se crea un riesgo no permitido. Se parte de la consideración del riesgo permitido como causa de exclusión de la imputación al tipo. Y se califica como riesgo no permitido a la actuación del sujeto cuando el peligro creado por la infracción del deber de cuidado haya supuesto aumento del riesgo, que el legislador no considera soportable.”³⁸

³⁷ ROMERO FLORES BEATRIZ, op. cit., pp. 264-265.

³⁸ Ibidem, p. 267.

Jakobs al hablar de la producción del resultado en el delito imprudente, sostiene que “el autor no realiza el juicio consistente en considerar que la producción del resultado es probable, pero podría realizar este juicio si le interesase. Ello no significa que esté obligado a realizar este juicio (si lo hiciese actuaría con dolo) sino que está obligado a evitar comportamientos que de modo cognoscible producirán un daño. Ahora bien, para que el autor pueda evitar el cumplimiento de la norma, ha de poder conocer que su comportamiento no sólo tiene efectos causales, sino que ha de poder conocer que también lesiona el Derecho.”³⁹

La imputación imprudente no termina sólo en el riesgo permitido, sino también cuando se rebasa el ámbito de protección del respetivo tipo. En esta última etapa de la imputación objetiva constituye un paso más, pero el más decisivo. No basta sólo la realización del riesgo no permitido creado sino que esa creación de riesgos es la que hace que la conducta que lo genera se prohíba.

”Se utilizan diferentes expresiones: fin de protección de la norma, ámbito de la norma, fin de la norma. Pero, ¿a qué norma se ésta refiriendo?, ¿a la norma penal o a la norma de cuidado?. Si se concluye que es una norma penal los problemas que conlleva (carácter general, amplitud excesiva) hacen que se acabe acudiendo a la norma de cuidado o norma de conducta, que no es otra cosa que el deber objetivo de cuidado que determina cuál ha de ser, en el caso concreto, la conducta concreta. Además, incluso, si se dice que el fin último del deber objetivo de cuidado es la finalidad de la norma penal, que en última instancia persigue evitar las lesiones de bienes jurídico-penales.”⁴⁰

Struensee,⁴¹ señala que la teoría del fin de protección de la norma, propugna que sólo pueden imputársele al autor aquellas consecuencias de su

³⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *Observaciones sobre la imputación objetiva*, en *Moderna dogmática penal (estudios compilados)*, Trad. Yumala Fakhouri Gómez, revisada por Manuel Cancio Meliá, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 313.

⁴⁰ ROMERO FLORES, BEATRIZ, op. cit., p. 269.

⁴¹ Cfr. STRUENSEE, EBERHARD, *Atribución objetiva y delito imprudente*, en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. (II Congreso Internacional de Derecho Penal)*, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C., IUS PEONALE, México, 2001, pp. 412-414.

actuar descuidado que debieron haberse evitado. El sentido de la limitación de la velocidad no radica en evitar que un conductor no llegue en determinado momento a cierto lugar, sino que más bien trata de impedir que ese conductor ocasione accidentes por exceder la barrera de la velocidad permitida. Aquí se pone de manifiesto una relación de correspondencia entre el peligro desatado y el realizado. El resultado producido es, pues, contrario a la finalidad de la norma, si la relación causal entre ésta y aquél se basa en la ley causal sobre la que recae el juicio que considera intolerable el peligro representado por las condiciones del resultado abarcadas por el proyecto de acción, motivando así la formación de la norma de cuidado. El ámbito de protección de la norma infringida es la esfera de validez de la ley causal de que se deriva la contrariedad al cuidado. La congruencia entre tipo objetivo y el subjetivo radica, entonces, en la identidad de la ley causal que fundamenta en el lado objetivo la relación causal y en el lado subjetivo la contrariedad al cuidado, la cual consiste en dirigir la intención hacia un ámbito mínimo, normativamente establecido, de condiciones de resultado.

Como conclusión se puede afirmar lo siguiente:

- a) Para el sistema funcionalista la culpa se ubica sistemáticamente a nivel del tipo.
- b) La creación y realización del riesgo desaprobado como criterio de tipicidad de la conducta imprudente.
- c) El riesgo permitido anula el injusto imprudente.
- d) Se reprocha al sujeto haber incurrido en un peligro no permitido por la norma, no el haber omitido un deber de cuidado.
- e) Previsibilidad y evitabilidad son insuficientes para explicar la culpa.
- f) El principio de confianza se utiliza para delimitar el riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado.

g) El fin de protección de la norma es considerado como criterio para determinar cual es la conducta descuidada que debió evitarse para lesionar el bien jurídico.

2.3. Concepto etimológico de culpa

Corresponde ahora conocer el origen y significado de la palabra culpa, a partir de la raíz etimológica de los vocablos que la conforman, para de esta manera estar en mejores condiciones de comprender el concepto doctrinal que de esta se ha dado.

“*Culpa-ae*, culpa. En sentido general, imputación hecha a alguien de determinada acción como consecuencia de su conducta. Culpa, del latín *culpa-ae*, culpa. En sentido jurídico omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal.”⁴²

“Culpa (del latín culpa). En el lenguaje alemán (derecho penal), se sostiene por algunos que la palabra culpa puede tener tres significados: a) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención; b) actuar sin dolo, y c) dejar las cosas acaso. Conforme a otros, la culpa sería falta de observación, atención, cuidado o vigilancia y aun cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de la culpa hay siempre la omisión de algo: cuidado atención, etc.”⁴³

Etimológicamente la voz latina culpa a decir de Jiménez de Asúa, “tuvo un amplio sentido: el de hacer, fare, referido por los autores al sánscrito *Klrp*, *Kalp* (*parare, facere*) y *sankalpa* (*consilium, propositum*). Por eso culpa es originariamente, tanto la parte que se ha tomado en una determinación, como el modo de ejecutarla. Ese antiguo origen sella el significado común del término culpa que en nuestro idioma castellano vale, en su primera acepción, como

⁴² DEHESA DÁVILA, GERARDO, *Etimología Jurídica*, 2ª ed., México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 233.

⁴³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 781.

“falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente”, hasta el punto de que en el diccionario de la lengua española sólo se le reconoce, a esa palabra, contenido técnico cuando va adjetivada de lata o de levísima; ella, sola, sin calificativos, únicamente posee en el lenguaje corriente (o no técnico), un sentido general, como “causa de lo sucedido” e incluso, con notable desconocimiento de los progresos de la ciencia del derecho, el susodicho diccionario sólo nos ofrece, como “acepción jurídica”, una idea amplia de la culpa: “la que da motivo para exigir legalmente alguna responsabilidad”... De estas incertidumbres etimológicas y de su primitiva significación genérica, surgen las vacilaciones de emplear el término romano culpa, que tras la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores, adquirió un contenido terminante de negligencia, imprudencia o impericia (según los casos).”⁴⁴

Resulta claro que de la raíz etimológica de la palabra *culpa* se puede advertir que dicho concepto en su significado más profundo pone de relieve que se trata de una omisión de diligencia exigible que provoca resultados dañosos que pueden ser atribuibles penalmente a un determinado sujeto de imputación, dado que por virtud de la falta exteriorizada se motiva su responsabilidad penal.

2.4. Concepto doctrinal de culpa

La experiencia diaria nos demuestra sin lugar a dudas cómo en diferentes ocasiones la conducta humana es la productora de resultados dañosos no queridos ni aceptados, pero que pudieron haberse previsto, sin embargo dichos resultados que necesariamente deberán ser típicos, no obstante que no fueron producidos voluntariamente, son reprochables penalmente, y es ahí en donde radica la importancia del estudio del concepto de culpa.

⁴⁴ Teoría del delito, op. cit., p. 415.

Apuntado lo anterior, y dada la importancia en conocer el concepto de culpa, se ha estimado conveniente presentar en primer lugar algunas de las aportaciones doctrinales sobre sus diferentes acepciones, para posteriormente tratar las teorías que se han considerado mas importantes para explicar su esencia, y en ese sentido se exponen los siguientes conceptos.

La culpa es para von Litz, “la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado, cuando el autor hubiera podido y debido preverlo. El acto culposo es, por consiguiente. La causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible.”⁴⁵

En Carrara, la culpa se define como “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.”⁴⁶

Existe culpa para Cuello Calón, “cuando obrando sin intención y sin la debida diligencia se consuma un resultado dañoso previsible y penado por la ley.”⁴⁷

Al tratar el concepto de culpa, Jiménez de Asúa establece que “hay culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico (o se omite una acción esperada), por falta del deber de atención y previsión, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá (o de la consecuencia del no hacer), sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor (o de sus omisiones) que se producen sin querer el resultado antijurídico (o lo injusto de la inacción) y sin ratificarlo.”⁴⁸

Welzel frente a las criticas recibidas en el ámbito de los delitos imprudentes, consideró en relación a lo que debía entenderse por acciones

⁴⁵ VON LISZT, FRANZ, op. cit., p. 418.

⁴⁶ CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, vol. I, Trad. José J. Ortega Torres, Jorge Guerrero, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988, p.81.

⁴⁷ CUELLO CALÓN, EUGENIO, Derecho Penal, parte general, T. I, 5ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1940, p. 333.

⁴⁸ Tratado de Derecho Penal, T. V, op. cit., p. 841.

culposas, que “éstas son aquellas acciones finales que tienen consecuencias accesorias no finales, por consiguiente, puramente causales, que podían haber sido evitadas con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios (inclusive el propio movimiento corporal).”⁴⁹

Para Mezger, “actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.”⁵⁰

En México, Castellanos Tena, en su obra intitulada lineamientos elementales de Derecho Penal, considera que “existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.”⁵¹

La culpa para Pavón Vasconcelos se define como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”⁵²

Villalobos define la culpa diciendo que “en términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.”⁵³

⁴⁹ RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Barcelona, Ed. J.M. Bosch Editor, 2001, p. 432.

⁵⁰ Tratado de Derecho Penal, T. II, op. cit., p. 152.

⁵¹ Op. cit., p. 246.

⁵² PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1985, p. 411.

⁵³ Op. cit., p. 298.

De los conceptos antes aludidos, destacan por su importancia los siguientes apuntes:

1. La voluntad es un elemento substancial en el concepto de culpa, y tiene tres interpretaciones:

a) Una relativa a establecer que la culpa necesariamente deberá realizarse a través de una acción u omisión voluntaria, es decir, la conducta encaminada a hacer o dejar de hacer algo es siempre voluntaria.

b) La segunda se refiere a que el resultado típico no es voluntario, es decir, no se quiere ni se acepta por el agente, se obra sin la intención de provocar el resultado dañoso, la voluntad no se dirige a producir el resultado.

c) La tercera, se dirige a establecer que si bien el resultado fue ocasionado sin que la voluntad del activo fuera dirigida a su producción, lo cierto también es que dicho resultado era previsible y evitable por el mismo sujeto, aquí surten los conceptos de previsibilidad y evitabilidad del resultado. Se dice que el resultado podía y debía ser previsto y evitado.

2. Otra de las observaciones que se derivan de los conceptos citados, consiste precisamente en que el resultado se produce por haber actuado sin la debida diligencia, hay una desatención a un deber de precaución.

3. Es un deber del activo, el prever y evitar el resultado, pues de lo contrario incumple con los deberes derivados de la propia ley o de los usos y costumbres.

4. Por último, se advierte que el resultado producido por culpa, deberá estar considerado como delito, es decir, previsto en una ley penal, para ser atribuible a un sujeto y sancionado por su acción u omisión culposa.

2.5. Teorías que fundamentan la esencia de la culpa

Para conocer y comprender la esencia de las cosas, necesario resulta acudir a las diferentes posiciones doctrinales que le dieron vida y alma, y en este sentido, en relación a las propiedades intrínsecas de la culpa es imprescindible el examen de algunas de las principales teorías que la fundamentan, tales como aquellas que la edifican ya en la previsibilidad del evento, ya en el error, ya en un defecto de la inteligencia o bien de la voluntad, entre otras. Se hace la aclaración que este tema es abundante, es decir, existe una diversidad de teorías que tratan de explicar el fundamento de la culpa, sin embargo y con la finalidad de delimitar este trabajo, únicamente se hará referencia a las que se considera pueden apoyar de una mejor forma la tesis doctoral que se presenta.

2.5.1. Teoría de la previsibilidad

Como principal exponente de esta corriente, destaca de manera fundamental, Carrara, para quien la esencia de la culpa radica en la previsibilidad del efecto dañoso no querido ni previsto por el agente; acepta que en los hechos culposos existe un vicio de la inteligencia, pero niega que los hechos culposos tengan su origen en ese vicio de la inteligencia, sino más bien en un vicio de la voluntad, de ahí en considerar a la culpa como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Al explicar Carrara la esencia de la culpa, en primer lugar refiere que en el origen de los hechos culposos se encuentra un vicio de la voluntad, y dice que si bien en los hechos culposos existe un vicio de la inteligencia, que no previó las consecuencias dañosas de un hecho, sin embargo, en su origen, este vicio de la inteligencia se remonta hasta la voluntad del agente, porque por un vicio de la voluntad, el sujeto no empleó la reflexión con la cual podía conocer las consecuencias siniestras de su omisión voluntaria; y reafirma Carrara lo anterior diciendo que si la culpa fuera mero vicio de la inteligencia,

por lógica consecuencia no sería imputable, ni moral ni políticamente. “Lo es, porque precisamente la negligencia tuvo su causa en la voluntad del hombre.”⁵⁴

Establece Carrara que en su concepto de culpa, introduce las consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa reside en la previsibilidad del efecto dañoso no querido ni previsto por el agente, pero apunta que este concepto es distinto que el de previsión. “Puede uno no prever de ningún modo una consecuencia que se ocasiona después. Puede uno preverla como posible, pero esperar evitarla, y después no conseguir evitarla. Se tiene la mera culpa, no únicamente en la primera hipótesis, sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con el fin de causar daño. Si uno obra con el fin de causar daño, en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo surge del primer fin. Pero si uno obra con un fin inocente, con respecto al segundo efecto no hay más que mera culpa, porque tanto vale no prever un efecto, como prever que no sucederá. Estaría en contradicción quien dijera: tú previste que esto no sucedería; luego tú previste que esto sucedería.”⁵⁵

Ciertamente como lo afirmó Carrara existe una diferencia entre previsibilidad y previsión, no son lo mismo, son conceptos heterogéneos; sobre el significado diverso que cada uno tiene, Enrico Altavilla⁵⁶ comenta que prever significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinado resultado, con relaciones de causa a efecto. La previsibilidad, que es el elemento constitutivo del elemento subjetivo de todo delito culposo, debe distinguirse de la previsión, que ejerce la simple función de agravante. La Casación ha dicho, refiere Altavilla, que la previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en determinado momento histórico, tiene para prever el resultado como consecuencia de su propia conducta; y en cambio, la previsión consiste en representarse efectivamente, de parte del agente, en un caso específico, el resultado como probable. De ahí que pueda afirmarse, dice el

⁵⁴ Op. cit., p. 82.

⁵⁵ Ibidem, pp. 83-84.

⁵⁶ Cfr. ALTAVILLA, ENRICO, op. cit., p. 2-4.

autor citado, que el resultado puede ser previsibilísimo sin estar previsto, o también puede ser difícilmente previsible a pesar de estar previsto. Concluye que la previsibilidad se refiere a una posibilidad abstracta, que a su vez debe referirse a un criterio medio; y la previsión se refiere a una situación concreta de la conciencia del agente, en el momento del delito.

No obstante que la teoría de la previsibilidad es la que ha tenido el mayor número de aglutinados, también se le han hecho acérrimas críticas. En su contra se ha dicho que la previsibilidad solo puede apreciarse a partir del resultado lesivo, es decir, a posteriori, con base en la experiencia; pero esa experiencia es el futuro de la observación material de hechos que pueden estar por fuera de la conciencia del agente; que la previsibilidad no es un elemento constitutivo de la culpa, sino un criterio para calificar de imprudente o negligente el comportamiento del sujeto, es decir, un elemento de juicio para un diagnóstico de culpa; que todo lo que es posible puede ocurrir y, por lo tanto, preverse, y si todo lo que puede ser previsto debe evitarse, la actividad individual quedaría por tal modo reducida, que el hombre solamente haría lo indispensable para sobrevivir; que es absurdo reprochar a una persona por no haber previsto lo que otra más inteligente o prudente había podido prever, puesto que la justicia penal no le pide cuenta al individuo de sus previsiones sino de sus acciones u omisiones; que es evidente que si el autor del hecho culposo hubiese no solo podido sino debido prever el evento, no habría realizado la conducta que lo produjo, o habría actuado con dolo.

Dentro de esta postura se encuentra Antolisei, quien refiere que no se puede dudar que la previsibilidad del resultado tenga gran importancia en la teoría de la culpa, dado que en la mayor parte de los casos marca ella el límite de la responsabilidad penal, sin embargo, no cree que la esencia de la culpa pueda estar en la no previsión del resultado previsible, y expone dos razones para el fundamentales:

“a) porque hay una forma de culpa (la denominada culpa consciente), que se caracteriza por el hecho de que el agente ha previsto el resultado, aun sin haberlo querido;

b) porque en los casos de inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disposiciones, la no previsión del resultado dañosos no tiene valor decisivo, pues se excluye la responsabilidad por culpa aunque el agente haya previsto el resultado, siempre que haya observado las precauciones que se le exigían.”⁵⁷

Quintano Ripollés resume así su crítica a la teoría de la previsibilidad:

“No veo inconveniente alguno en aceptar la utilidad y aún la importancia del criterio de la previsibilidad en la imprudencia, sobre todo a efectos probatorios, los únicos que PANNAIN le reconoce. No la considero, en cambio, como razón suficiente de su naturaleza y ni siquiera como elemento constitutivo, aunque secundario de ella, al modo de ALIMENA junior y ASÚA. En primer lugar, por no estar dogmáticamente obligado a ello, y, en seguida, porque en un sistema como el nuestro (y el alemán e italiano también), en que es admitida la culpa inconsciente, la previsibilidad no puede de modo alguno aspirar al rango de elemento suyo en términos generales. Es más, puesto que previsto o no un resultado antijurídico es éste culposo, siempre y cuando que se den los demás postulados verdaderamente esenciales, de ello resulta que el de la previsión no lo es. Claro está que a ello se arguye, esgrimiéndose una preciosa distinción carrariana, que lo que importa no es la “previsión” en cuanto hecho, sino la “previsibilidad” en cuanto deber. Pero al argumentar así se desliza el problema a su verdadero terreno, el normativo, al acudir al elemento valorativo del “deber”, en el que el fenómeno psicointelectual de la previsibilidad queda relegado a un muy segundo plano.”⁵⁸

Para Reyes Echandía, la teoría de la previsibilidad no puede distinguir con claridad la culpa del caso fortuito, dado que éste último puede ser previsto por el hombre sin que sus resultados nocivos deban serle atribuidos; y pone el siguiente ejemplo para ilustrar su posición: “Pedro envía a su dependiente al monte para cortar madera y le indica que si llueve –como parece probable- se guarezca bajo algún árbol, y eso ocurre exactamente, con el desgraciado

⁵⁷ Op. cit., p. 258.

⁵⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, Derecho Penal de la culpa. (imprudencia), Barcelona, Ed. Bosch, 1958, pp. 261-262.

resultado de que cae un rayo sobre el árbol que cobija al campesino y lo mata, Pedro no responderá de homicidio culposo aunque hubiese previsto la probable caída de rayos; tal hecho sigue siendo para él fortuito.”⁵⁹

A modo de conclusión se puede afirmar, que en virtud de que Carrara parte de la no previsión del resultado previsible como elemento esencial de la culpa, es inconcuso que la teoría de la previsibilidad únicamente es aplicable a la culpa sin representación o inconsciente, ya que esta se actualizaría precisamente por no haber previsto el resultado dañoso que era previsible, y en esas condiciones no surte dicha postura en tratándose de la llamada culpa con representación, o consiente, en virtud de que en este caso el sujeto activo sí previó el resultado lesivo que luego se produjo, aunque ciertamente no tuvo la voluntad o intención de producir el resultado dañoso.

En un ejercicio de síntesis, se pueden señalar como fundamentos esenciales de la teoría de la previsibilidad los siguientes:

- a) Previsibilidad como esencia de la culpa;
- b) Voluntariedad del acto;
- c) Falta de previsión del efecto dañoso;
- d) Falta de voluntad en la producción del resultado;
- e) La culpa tiene su origen en su vicio de la voluntad y no de la inteligencia;
- f) Voluntaria omisión de las consecuencias previsible;
- g) Posibilidad de prever;

⁵⁹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Culpabilidad, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1997, p. 78.

h) La culpa es moral y políticamente imputable porque tuvo su causa en la voluntariedad del hombre;

i) Distingue la previsibilidad de la previsión.

2.5.2. Teoría de la prevenibilidad

Considerando insuficiente el puro criterio de la previsibilidad, “Brusa le añade el de la prevenibilidad, estimando a la culpa como la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.”⁶⁰

Al introducir la prevenibilidad como fundamento de la culpa, se puede decir siguiendo a Antolisei⁶¹, que éste criterio coincide con el de la evitabilidad, que tiene propugnadores en el ámbito del derecho privado, sin embargo el autor en cita, afirma que dicho criterio es insuficiente para superar las objeciones que se le hacen a la teoría de la previsibilidad.

En franca oposición a esta teoría se encuentra Altavilla, quien en su obra intitulada, la culpa, refiere que la prevenibilidad no aporta un criterio general para buscar el fundamento de la culpa penal, y al respecto desarrolla su postura diciendo que “inevitabilidad, como criterio distinto de la imprevisibilidad, significa imposibilidad de evitar un resultado, aun cuando su posible o probable o cierta producción esté presente en nuestra conciencia. Esto haría pensar en una acción ya realizada, cuya consecuencia dañosa debe impedirse, al paso que en la culpa se responde precisamente por la acción que se realiza en cuanto tenía potencialidad para ocasionar el resultado, posibilidad que hubiera debido aparecer en la previsión del agente. Añádase que, en efecto, uno puede ser incapaz de prevenir aun lo que es previsible y ya se ha previsto, lo cual es característico de la fuerza mayor...por consiguiente, la teoría de la prevenibilidad no puede llamarse exclusiva y distintiva de la culpa, sino que enuncia únicamente, como ya dijimos, una causa de exclusión del elemento

⁶⁰ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 406.

⁶¹ Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO, op. cit., p. 258.

psíquico del delito. Tendría valor tan solo si al concepto de prevenibilidad se le diera un significado subjetivo, en el sentido de que, no pudiéndose prever la realización de un fenómeno, no se puede evitarlo; pero entonces como lo veremos dentro de un instante, volveremos al concepto de previsibilidad.”⁶²

Se puede decir que esta tesis, no explica el fenómeno de la llamada culpa con previsión, porque en tal caso el agente no ha omitido la previsión y prevención del resultado antijurídico previsible y prevenible, sino que lo ha producido sin quererlo, porque confiaba en que no se realizaría en razón de su capacidad para evitarlo.

Nuevamente a modo de conclusión, se puede afirmar que para la teoría acabada de estudiar, sus principales características consisten en lo siguiente:

- a) Prevenibilidad como elemento central de la teoría;
- b) Voluntariedad del acto;
- c) Omisión voluntaria de la diligencia;
- d) Omisión voluntaria para prever y prevenir;
- e) Prever y prevenir un evento antijurídico;
- f) El evento antijurídico sea posible, previsible y prevenible;
- g) La previsibilidad no tiene significado subjetivo.

⁶² Op. cit., pp. 29-30.

2.5.3. Teoría del vicio de la inteligencia

Esta teoría esta representada fundamentalmente por Almendigen, quien basa la esencia de la culpa en un vicio de la inteligencia y de la memoria, negando que sea un vicio de la voluntad. Se trata de un vicio de la inteligencia y de la memoria, porque el agente obra sin la debida previsión precisamente por esos vicios.

Al tratar esta teoría, Marquéz Piñero refiere que el autor germano, “sitúa la esencia de la culpa en que la imprevisión de lo previsible no es un vicio de la voluntad, sino un vicio de la inteligencia y de la memoria, y señala que los actos culposos son vicios de la inteligencia por falta de reflexión; de tal suerte, todo acto de la facultad cognitiva está por completo privado de elección, de donde se infiere que la culpa no debe ser penada por la ley. No obstante, Almendigen afirma que si se castiga al autor de un hecho culposo, es porque la culpa debe ser origen para que el delincuente culposo sea amonestado por la pena para evitar –en lo futuro- otras acciones culposas, y para que aprenda a omitir una reflexión, capaz de impedir una injusticia, le acarreará consecuencias perjudiciales.”⁶³

La constante y bien explicable preocupación por fundamentar la razón de ser de la culpa en un plano diferencial del dolo, llevó a los juristas a investigarla en determinadas carencias biopsíquicas, ya sea en la intelectual o en la esfera de lo volitivo. Se llegaron a utilizar parangones para diferenciar entre dolo y culpa, se dijo que en el primero había un vicio de la voluntad, y en la segunda, un vicio de la inteligencia y memoria. Estos criterios llevaron al decir de Quintano Ripollés, a que Almendigen estableciera su tesis del vicio de la inteligencia, lo cual lo llevó a “su famosa postura de la no incriminación de la culpa inconsciente”.⁶⁴

⁶³ MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, Derecho Penal, parte general, 2ª ed., México, Ed. Trillas, 1990, p. 285.

⁶⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, op. cit., p. 254.

Para Quintano Ripollés, las posiciones doctrinales que tratan de explicar la esencia de la culpa en las anomalías biosíquicas, dentro de las cuales por supuesto ubica la del vicio de la inteligencia, de ninguna manera lo logran, dado que dichas anomalías de la inteligencia solo tiene interés en el plano eminentemente criminológico, en virtud de que afecta el plano de la imputabilidad, por ende la culpabilidad del agente.

“Concebido el delito culposo como una anomalía biosíquica, fuere del intelecto o de la voluntad, ello afectaría en todo caso a la esfera de la imputabilidad, sustrato personal de la culpabilidad, sin el que ésta aparece privada de contenido, pero que son casos harto diversas. De ahí que en la doctrina moderna más depurada, la teoría de las anomalías no ofrezca otro interés que el puramente criminológico.”⁶⁵

No obstante las posiciones en contrario, Pavón Vasconcelos refiere que se adhieren a esta teoría Tosti y Cívoldi, “el primero declarando expresamente que en la culpa hay constatación de un defecto de las facultades intelectivas del agente, en tanto el segundo entiende genéricamente por culpa un estado de ánimo de la voluntad de dañar e incluido en la de hacer actos prohibidos por la prudencia, omitir otros impuestos por la diligencia, asumir empresas superiores a las propias fuerzas, desenvolver la propia actividad siguiendo el propio capricho y no según las normas establecidas por la ley, en los reglamentos o en las costumbres. En síntesis, Tosti, vuelve los ojos a la teoría del defecto de la inteligencia, dando al dolo carácter de defecto del sentimiento, en tanto otorga a aquélla la sintomatía del estado defectuoso de las facultades intelectuales del sujeto.”⁶⁶

Volviendo nuevamente a realizar un ejercicio de síntesis, se advierte que para esta teoría, sus características principales son los siguientes:

- a) Vicio de la inteligencia y de la memoria como esencia de la culpa.

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Manual de Derecho Penal Mexicano, op, cit., p. 410.

b) Niega el vicio de la voluntad en la culpa, éste únicamente existe en el delito doloso.

c) El resultado dañoso se ocasiona por un vicio de la inteligencia.

d) La imprevisión de lo previsible radica en un vicio de la inteligencia y de la memoria.

e) Se obra sin la debida previsión.

f) Falta de reflexión, facultad cognitiva privada de elección.

g) No es punible la culpa inconsciente.

h) La culpa únicamente es punible para evitar la reincidencia.

2.5.4. Teorías positivistas

Esta posición doctrinal objeta primordialmente a la teoría de la previsibilidad, diciendo que un hombre no tiene el deber de prever una cosa que esta lejos de su pensamiento, y que por regla general, le falta de manera absoluta la posibilidad de prever un resultado que no se asoma a su mente, y en esas condiciones, ante la ausencia de voluntad en el resultado, su conducta no debe ser punible, atendiéndose a la peligrosidad de su conducta para aplicar la medidas preventivas pertinentes. Es decir, para los positivistas el delito culposo es el resultado de una conducta involuntaria.

Como representante de la escuela positivista, se encuentra Enrico Ferri, quien entre otras cosas establece que la noción de previsibilidad que utilizan los clásicos para fundamentar la culpa, es inaceptable porque entraña un vicio del intelecto, que da lugar a un defecto de atención, sin embargo, a pesar de que su conducta es dañosa, no debe ser punible, sino por ser peligrosa, serán las medidas preventivas las que deben aplicarse.

“Perfectamente congruentes con sus postulados, los positivistas se alzan como adversarios de la doctrina de la voluntad y de la previsibilidad en la esfera de la culpa. Enrique Ferri, quien llega a denominar a los delitos culposos como delitos involuntarios, sostiene que la única razón de la punibilidad de las infracciones culposos se encuentra en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente. En realidad, los positivistas no hacen más que aplicar al estudio de la culpa su fórmula de la responsabilidad social y la teoría de los móviles antisociales.”⁶⁷ “Si el resultado no es voluntario, no es posible que se obre sobre la conducta con una amenaza. Lo cual debería imponer la impunidad para los delitos culposos.”⁶⁸

En contra de la teoría positivista, Reyes Echandía en su obra la culpabilidad, afirma que ésta “no explica qué es la culpa; Ferri se limita a decir a este respecto que consiste en la falta de intención delictuosa, que es tanto como afirmar que hay culpa cuando no hay dolo; y en cuanto a la razón por la cual se sanciona el delito culposo, descansando ella sobre el concepto de peligrosidad social, merece el reparo de que ofrece una discutible explicación psicosocial del hecho culposo, pero no una explicación de carácter jurídico; además, con este criterio no es posible establecer diferencia alguna entre dolo y culpa, puesto que la razón de ser de su punibilidad es idéntica.”⁶⁹

Se puede concluir que para la teoría positivista sus principales postulados son:

- a) Conducta involuntaria en el resultado;
- b) Niega la previsibilidad;
- c) El hombre no tiene el deber de prever el resultado;
- d) No es punible el delito culposo por falta de intención en el resultado;

⁶⁷ MARQUÉZ PIÑERO, RAFAEL, op. cit., p. 285.

⁶⁸ ALTAVILLA, ENRICO, op. cit., p. 37.

⁶⁹ Op. cit., p. 81.

e) La razón de la punibilidad se haya únicamente en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente (peligrosidad).

2.5.5. Teoría de la imprudencia o negligencia

Para esta posición doctrinal el fundamento de la culpa está en la imprudencia o negligencia de un hecho, dado que este es su verdadero factor de culpabilidad, ya que la realización de lo antijurídico se haya precisamente en la imprudencia o negligencia con que obró el agente.

“Sostenida principalmente por J.J. Haus, hace radicar la culpa en la negligencia ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados. Se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también involuntarios porque aun cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía prever o prevenir.”⁷⁰

En México, Villalobos⁷¹ señala que en términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente no previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo. Más adelante, al enumerar y describir los diferentes elementos que constituyen su concepto de culpa, destaca, que el verdadero factor de culpabilidad es la negligencia o la impericia, dado que la realización de lo antijurídico se debe precisamente a negligencia o imprudencia del agente, pues los demás términos empleados en su definición (falta de atención, de reflexión, de precauciones o de cuidados) no tienen un contenido autónomo sino que son diversas formas en que se manifiesta la negligencia o la imprudencia y por lo tanto deben desterrarse

⁷⁰ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 407.

⁷¹ Cfr. Op. cit., pp. 298-300.

como medios indirectos que no favorecen la concisión ni la precisión deseable del concepto de culpa.

Puedo afirmar certeramente que para esta teoría la esencia de la culpa se encuentra en la negligencia o imprudencia, ya que en cualquiera de estas formas del comportamiento humano se haya lo antijurídico del hecho desplegado por el activo. Estos conceptos, de negligencia e impericia, serán definidos más adelante, sin embargo, por el momento basta con decir que éstos son la esencia de la culpa para la posición teórica en estudio.

A modo de conclusión, se pueden enlistar como los principales elementos de esta teoría, los siguientes:

- a) Imprudencia o negligencia como elementos esenciales de la culpa;
- b) Imprudencia o negligencia como factor de culpabilidad;
- c) El hecho típicamente antijurídico descansa en la imprudencia o negligencia.

2.5.6. Teoría del error

Según esta concepción, en la culpa el activo no quiere la realización de los hechos constitutivos del delito o de alguno de ellos, nos los quiere por causa de ignorancia o error; es necesario para hablar de delito culposo, que el error o la ignorancia sean evitables en las circunstancias del momento en que se ejecuto el hecho, dadas sus energías espirituales y dada la dirección de su atención que en determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes.

Fue Markel quien expuso esta teoría por primera vez, y puntualizó que son precisas determinadas condiciones para que pueda hablarse de un delito culposo, al respecto sostiene lo siguiente:

“a) es preciso ante todo, que el error o la ignorancia fueren evitables; b) que lo fuesen en aquellas circunstancias en que el agente se encontraba al tiempo de ejecutar el hecho, es decir, que existieran situaciones reales, claras y concluyentes, a cuya exacta apreciación hubiera llegado fácilmente el agente, pudiendo entonces comprender que su conducta podría arrastrar tales o cuales consecuencias y engendrar tales o cuales estados o propiedades; c) que el error o la ignorancia pudieran ser evitables para el agente en la medida de sus fuerzas; d) que esa evitabilidad debiera serlo para el agente dada la medida del esfuerzo de sus energías espirituales y dada aquella dirección de su atención en que determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes.”⁷²

En Italia Alimena es defensor de esta teoría y establece que “una conducta determinada, mientras en algunos casos se adopta con plena conciencia, en otros se sigue inconscientemente. Pero hay un error que vicia el proceso lógico y psicológico del agente. Cuando este error no es invencible, el agente se halla en estado de culpa.”⁷³

Ya otros autores habían hablado del error en materia de culpa, basta recordar a Liszt, quien sostiene que el error evitable motiva la culpa y sobre este tema sostiene que “la culpa descansa, por consiguiente en un error relativo a la significación -causante o no impediendo del resultado- de la manifestación de voluntad, o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho. En esto se halla su diferencia del dolo. Pero ese error y esta falta sólo justifican la admisión de la culpa cuando hubieran podido y debido ser evitados.”⁷⁴

Quintano Ripollés, en su libro Derecho Penal de la culpa, reconoce que el error puede determinar una imprudencia, sobre todo en las actividades profesionales, pero agrega que en no pocas ocasiones “es la imprudencia *ex origine* la que da lugar al error, hijo y no madre de ella; por ejemplo, el

⁷² Cit. por JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Teoría del delito, op. cit., p. 429.

⁷³ ALTAVILLA, ENRICO, op. cit., p. 46.

⁷⁴ Op. cit., p. 420.

conductor que, imprudentemente charlando con un viajero, ocasiona la maniobra catastrófica. Menos todavía hay margen para el error en temeridades evidentes que pueden coexistir con la pericia más exquisita, sobre todo en sistemas como el nuestro, que no admiten la compensación de culpas en lo penal; el más perito conductor automovilista, un Fangio corriendo a ciento por hora en una calle poblada y matando a un chiquillo que sale de la acera, no ha cometido error alguno, dominando su máquina como corresponde al campeón del mundo, y, sin embargo, incurriría en responsabilidad a título de culpa por otros factores que en nada afectan a los de pericia y sabiduría, notablemente el de no acatar el deber de ir a marcha moderada en una vía pública, deber que sin duda tampoco desconocía.”⁷⁵

Puede decirse que para esta teoría, la culpa es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, es decir, el agente se encuentra en una falsa percepción de su realidad, se encuentra en un supuesto de error, sobre este punto Jakobs,⁷⁶ refiere que el error puede presentarse de dos formas: El autor puede que ni siquiera piense en que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es. Pone el siguiente ejemplo: quien conduce un automóvil con los frenos averiados puede no pensar en la posibilidad de un accidente o suponer positivamente que no se va a llegar a un accidente; en todo caso, concurre un error si en realidad acaece un accidente.

Nuevamente haciendo un ejercicio de síntesis, se está en condiciones de decir que las características principales de esta concepción son:

- a) Error e ignorancia como elementos torales de la culpa;
- b) El error e ignorancia recae sobre los hechos constitutivos del delito;
- c) No se quiere la realización del hecho típico;

⁷⁵ Op. cit., p. 258.

⁷⁶ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, parte general..., op. cit., p. 381.

d) Para que exista culpa, el error ha de ser vencible, evitable.

2.5.7. Teoría de la violación del deber de atención

Según esta concepción, la culpa radica en el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando ejecuta actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda derivarse daño o lesión a derechos ajenos.

Se afirma en relación a esta postura, que aunque hay hechos culposos que se ocasionan por falta de atención debida, en otros muchos casos la culpa existe aunque el agente haya puesto en la realización de su conducta toda la atención que le era exigible; así por ejemplo un médico inexperto en la técnica de una determinada cirugía puede ejecutarla con mucha atención, sin embargo debe responder culposamente del resultado dañoso ocasionado como consecuencia de su mala operación.

Al decir de Jiménez de Asúa, “en Italia, los penalistas del pasado siglo no dejaron de aludir a la atención. Aunque basando la responsabilidad por culpa en el “deber que todo hombre tiene de cumplir los mandatos del Derecho”, no deja Pessina de afirmar la voluntad relacionada con la atención cuando dice que el sujeto “no ha querido prestar, en lo que realizaba, aquella atención que estaba obligado a prestar”. Impallomeni, buscando la razón de la imputabilidad de los delitos culposos, dice, entre otros motivos, que es preciso que “sea estimulado, el poder de atención necesario para evitar lesiones del Derecho”, y antes en su obra *L’Omicidio*, definió la culpa como “una voluntad dirigida a un fin no antijurídico y que da un resultado antijurídico o delictuoso, por el defecto de atención sobre los efectos nocivos que la vician.”⁷⁷

Contrario a los que defiende esta posición, se encuentra Jiménez de Asúa, quien puntualiza: “No negamos todo el papel a la atención en el mecanismo de la culpa, en su doble dependencia del elemento intelectual y del

⁷⁷ Tratado de Derecho Penal, T. V, 1950, op. cit., p. 788.

voluntario, pero en modo alguno creemos que está en ella la clave de la esencia de la culpa.”⁷⁸

Como elementos torales de esta concepción se encuentran:

- a) Incumplimiento del deber de atención;
- b) Exigibilidad del deber de atención;
- c) Daños o lesión de derechos ajenos como resultado.

2.5.8. Teoría del deber de cuidado

Con gran lucidez Jescheck expone su posición dogmática en relación a la esencia de la culpa, se refiere a ésta como imprudencia. Como elemento central de su teoría establece el *deber de cuidado*, tras considerar que actúa imprudentemente quien realiza el tipo de una ley penal como consecuencia de la infracción involuntaria de un deber de cuidado, y no lo advierte, pese a su obligación, o aún teniéndolo por posible, confía, contrariando su deber, en que no se produciría el resultado, es decir, aquí el sujeto a diferencia del delito doloso, no contraviene voluntariamente el mandato del ordenamiento jurídico, sino que lo contraviene por la infracción no querida de un deber de cuidado.

En estas condiciones se puede decir, que para esta postura, el delito culposo tiene su propia estructura, al igual que el delito doloso, tanto en el ámbito del injusto, como en el de la culpabilidad; sobre éste tópico Jescheck⁷⁹ en su obra intitulada Tratado de Derecho Penal, sostiene que la imprudencia no es, como antes se estimaba generalmente e incluso se suele enseñar todavía hoy, una mera forma de culpabilidad junto al dolo, sino un tipo especial de acción punible que ofrece una estructura propia tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad. La imprudencia se determina conforme a un doble criterio. De un lado, se examina qué comportamiento sería el

⁷⁸ *Teoría del delito*, op. cit. p. 428.

⁷⁹ Cfr. Op. cit., pp. 512-515.

objetivamente debido para evitar la vulneración involuntaria del bien jurídico en una concreta situación de peligro; y de otro, si tal comportamiento le podrá ser exigido personalmente al autor según sus características y capacidades individuales. Por eso, el injusto típico de la imprudencia no se determinaría exclusivamente por la producción del resultado, por ejemplo la muerte de un hombre. Debe requerirse también que el resultado responda a una infracción de aquella exigencia de cuidado que el ordenamiento jurídico recaba, en esa situación fáctica, de las personas concienzudas y juiciosas pertenecientes al área de tráfico del autor, y que el repetido resultado haya sido, además, previsible para una persona así. De ahí que el tipo de los delitos imprudentes haya de completarse, más allá de su tenor literal, mediante valoraciones jurídicas adicionales. Sólo cuando se ha constatado ya el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) cabe examinar, además, si el mandato general del cuidado y previsión hubiese podido ser cumplido también por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y su posición social (tipo de culpabilidad).

Más adelante refiere, que de este modo, el tipo del injusto de la imprudencia queda determinado por tres elementos: la posibilidad de advertir el peligro de la realización del tipo, la actuación que no observa el cuidado objetivamente requerido y (en los delitos imprudentes de resultado) la producción del resultado típico, en tanto responda a la infracción del cuidado. Sin embargo refiere, que para la punición ha de añadirse el requisito de la culpabilidad de la imprudencia, puesto que aquí no se trata de la compensación de daños, sino del pronunciamiento de un juicio de desvalor éticosocial que sólo puede alcanzar al autor que haya merecido tal reproche.

Agrega Jescheck que también en la imprudencia es objeto de reproche de culpabilidad la censurable actitud interna del autor frente al Derecho. Aquí, las exigencias del ordenamiento jurídico se orientan en el sentido de que todos hagan uso de sus facultades personales en el marco del límite objetivo de responsabilidad para poder advertir y evitar a tiempo los peligros concernientes al bien jurídico protegido. En la imprudencia consciente el reproche de culpabilidad se refiere a que el autor ha actuado descuidadamente, pese a

haber previsto la realización del tipo como consecuencia posible de su hacer. Pero tampoco en la culpa inconsciente constituye una ficción al reproche de culpabilidad. Este descansa entonces en que el autor no prestó suficiente atención a la situación peligrosa, o no trasladó a la puesta en peligro del objeto de la acción la conclusión sobre el peligro advertido en sí mismo, o no concedió al conocimiento de la puesta en peligro atención bastante al adoptar su decisión. La imprudencia sólo es merecedora de pena cuando la atención insuficiente responde a efecto de la actitud interna, por ejemplo desconsideración, indiferencia, falta de cuidado hacia otros o, dicho con otras palabras, cuando proviene del fracaso funcional del sentimiento valorativo, mientras que no se responde jurídicamente por la falta de facultades corporales o psíquicas, por las lagunas en el saber o en la experiencia, por las deficiencias de circunspección y habilidad, o por los fallos cometidos en situaciones de exigencia superior a la admisible. En la imprudencia inconsciente la culpabilidad radica también en una deficiencia de la actitud interna, es decir, en no prestarse el mínimo de atención que el ordenamiento jurídico debe exigir objetivamente para evitar pérdidas y daños en valores y bienes de la comunidad, siempre que la edad, las fuerzas, la profesión y la experiencia vital del autor hagan aparecer el requerimiento como atendible.

En razón de lo anterior, podemos decir que para Jescheck la estructura del delito imprudente queda de la siguiente forma:

a) Un aspecto objetivo, en donde se examina en el ámbito del injusto (tipicidad y antijuridicidad), qué comportamiento sería el objetivamente debido, para evitar la vulneración al bien jurídico (deber objetivo de cuidado). En este mismo aspecto objetivo y a nivel del injusto, se examina también, que el resultado responda a una infracción de aquella exigencia de cuidado y que dicho resultado haya sido previsible (previsibilidad).

b) Un aspecto subjetivo, en el que se examina en el ámbito de la culpabilidad, si el comportamiento debido (deber subjetivo de cuidado) le podrá ser exigido personalmente al autor, según sus características y capacidades individuales. Además, se examina si el mandato general de cuidado y

previsión, hubiese podido ser cumplido por el autor individual, según su inteligencia, formación, habilidad, capacitación, experiencia, posición social, etc.

Para Jescheck, los elementos del tipo de injusto imprudente, son los siguientes:

- a) Posibilidad de advertir el peligro,
- b) Infracción del cuidado objetivamente requerido y ;
- c) Resultado típico que responda a la infracción del cuidado.

Entre los partidarios de esta teoría se encuentra Reyes Echandía,⁸⁰ quien entiende por culpa la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó. De conformidad con esa definición, considera que la esencia de la culpa radica en no comportarse en el caso concreto como estaba obligado a hacerlo, pues refiere que el actuar en sociedad exige no solamente eludir la realización voluntaria de conductas delictivas o contravencionales sino comportarse cuidadosamente para evitar que de la propia acción u omisión puedan derivarse inmediatamente hechos antijurídicos.

2.5.9. Teoría de la voluntad, previsibilidad y evitabilidad

A Carlos Binding se le atribuye esta teoría, dice que todo delito es obra de la voluntad, propone los conceptos de previsibilidad y evitabilidad para fundamentar su teoría. En el delito culposo debe existir, como en el doloso, una voluntad dirigida a una acción antijurídica, pero en el delito culposo el agente desconoce esa antijuridicidad, pero el evento es previsible y evitable, y la culpa

⁸⁰ Cfr. Op. cit., pp. 87-89.

se da por existir esa conducta antijurídica que pudo ser prevista y que podía evitarse, porque si se da el caso de que era previsible pero no evitable, no se dará la culpa por falta de uno de los dos elementos mencionados.

Márquez Piñero, señala que para Binding “todo delito es obra de la voluntad y considera que, en muchos casos de delitos por negligencia, la voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, con tanta exactitud como en el delito doloso, pero con la diferencia de que, en el delito culposo, la voluntad va dirigida a una acción antijurídica, aunque el agente no es conocedor de la antijuridicidad de su acto, desconoce su antijuridicidad, no es conciente de la misma. El evento ha de ser previsible, pero también evitable para integrar la culpa, pues el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, no puede darse cuando el resultado -siendo previsible- es inevitable.”⁸¹

Podemos resumir el criterio de Binding, diciendo que “la esencia de la culpa consiste no en haber previsto el seguro o verosímil suceder del resultado antijurídico que se produce. Por eso, acaso no sea exacto deducir de las palabras de Binding que en la culpa hay una voluntad inconsciente del resultado. El autor debe necesariamente tener conciencia de querer, pero no del objeto del querer. Las dos especies de la culpabilidad son idénticas porque es querido lo que esta prohibido. Pero se distinguen en que, en el dolo el querer va acompañado de la conciencia de que lo querido es antijurídico, mientras que en la culpa falta esa conciencia...La única diferencia estriba en el saber, no en la voluntad.”⁸²

Como conclusión se puede afirmar que la doctrina elaborada por Binding encuentra la esencia de la culpa en los siguientes elementos:

- a) El delito es obra de la voluntad;
- b) Voluntad de acción antijurídica,

⁸¹ Op. cit., pp. 286-287.

⁸² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. V, 1950, p. 785.

- c) Desconocimiento de que la acción desplegada es antijurídica;
- d) Evento previsible y evitable;

2.5.10. Teoría psicoanalítica

Esta moderna concepción sobre la culpa, fue formulada por Alexander, un jurista, y por Staub, médico psiquiatra. Dicha teoría está basada en el estudio del psicoanálisis en relación con el mecanismo de las infracciones delictivas.

Los psicoanalistas, dice Jiménez de Asúa⁸³, consideran el delito con base en la comprobación del grado en que el *yo consciente* y el *inconsciente* participan en el hecho. Al lado de otros determinantes, los psicoanalistas distinguen: el *yo*, que es lo natural y fácil presa de lo antisocial; el *super yo*, que es la parte del yo ordinario que llega a adaptarse al ambiente, debido a la influencia educacional de las enseñanzas de padres y maestros; y el *ello*, que es impulso ancestral que yace en el hombre.

Para Alexander y Staub, la primera forma de delincuencia aguda es el delito culposo, cuya explicación, según dichos autores, es la siguiente: el delito culposo es una acción defectuosa en la que, a causa de motivos varios, se abre paso una tendencia criminal inconsciente. El *yo* rechaza el acto en absoluto; pero el agotado, el distraído, el enfrascado en una labor difícil, deja la activa vigilancia del *super yo*, y entonces el *yo* cede por un momento a las tendencias impulsivas del *ello* antisocial, produciéndose así la conducta dañosa. (En psicoanálisis, el delito culposo se denomina delito por equivocación). Jiménez de Asúa añade, que la hipótesis antes expuesta, por cierto arto aventurada, hubiera precisado de una demostración, que no fue proporcionada por Alexander y Staub, y ello dio lugar al rechazo de su teoría por juristas muy cualificados, entre ellos Ernesto Hafter, aunque reconoce que

⁸³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Principios de Derecho Penal. (La ley y el delito), 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1958, p. 376. Del mismo autor, Tratado de Derecho Penal, T. V, op. cit., pp. 811-814.

las concepciones psicoanalíticas traen consigo una profunda revolución a las nociones recientes en la materia culposa, y que todavía los penalistas no han calado, en su profundidad, la importancia de la misma.

Los elementos principales de la doctrina psicoanalítica de la culpa, son:

- a) Acción defectuosa;
- b) Tendencia criminal inconsciente;
- c) Yo, super yo y ello, participan en el hecho criminal culposo.

2.5.11. Teoría integral de Franz von Liszt

La teoría de Franz von Liszt pretende ser orgánica más que ecléctica, conciliando la clásica doctrina de la previsibilidad y vicio de la voluntad con las opiniones de los autores que hablan de una falta de atención, y con el criterio positivista que halla en los hechos culposos una falta de sentido social, así von Liszt escribe que el concepto de culpa requiere:

“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. La medida del cuidado se determina, en general, a este respecto, según la naturaleza objetiva del acto emprendido, y no según el carácter particular del agente. La no aplicación de la atención, el no cumplimiento de lo debido, se presenta, en el sentir de la terminología dominante, como una falta de voluntad.

2. Pero a la falta de precaución debe añadirse la falta de previsión; es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los restantes elementos esenciales del hecho. En la apreciación del problema debe tomarse por base las facultades mentales del agente, en general y en el momento del acto (agitación, embriaguez), y su

mayor o menor perspicacia. La medida es aquí subjetiva, especial. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental del agente individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una falta de inteligencia.

3. De este modo se aclara, al mismo tiempo, el contenido material de la culpa, como especie de la culpabilidad. Este consiste en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto, a causa de la indiferencia frente a las exigencias de la vida social. Por tanto, en último término, se presenta la culpa como una falta de sentido.⁸⁴

Una vez más haciendo un ejercicio de síntesis, se puede afirmar que para el jurista alemán, los elementos de la culpa son:

- a) La falta de precaución es equivalente a falta de voluntad;
- b) La falta de previsión se presenta como falta de inteligencia;
- c) La culpa es considerada especie de la culpabilidad;
- d) Falta de sentido como culpa.

2.6. Elementos de la culpa

Al investigar el tema de los elementos de la culpa, he podido observar que existen múltiples posiciones doctrinales⁸⁵ que ya han establecido cuales son los componentes que la integran, trátase de autores nacionales o extranjeros, sin embargo, y en virtud de que ya fueron expuestos en este trabajo los diferentes conceptos doctrinales que de la culpa se han dado, así como las diversas teorías que tratan de explicar su esencia, he considerado

⁸⁴ Op. cit., pp. 419-420.

⁸⁵ Véase a JIMÉNEZ DE ASÚS, LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. V., op. cit. p. 846, MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, op. cit., pp. 288-289, LISZT, FRANZ VON, op. cit., pp. 419-420, CUELLO CALÓN, EUGENIO, op. cit., pp. 333-335, PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, op. cit., pp. 411-412, ORELLANA WIARCO, OCTAVIO A., op. cit., pp. 59-60.

conveniente realizar una deducción de lo antes expuesto para establecer los elementos integrantes de la culpa, ello con la finalidad de no ser repetitivo en lo que ya se ha explicado, y además, tratar de omitir transcripciones de lo que prácticamente ya se ha dicho en las líneas que anteceden, en ese sentido, se puede decir que sus elementos son los siguientes:

1. Voluntariedad del acto, es decir, que la conducta de acción o de omisión deberá siempre iniciar en su primera fase con una potencial conciencia voluntaria del acto, libre de toda violencia física o psicológica, esto es necesario para hacer un juicio de culpabilidad; por ejemplo, la voluntad de querer subirse a manejar un vehículo, con total independencia de que con posterioridad se provoque un resultado dañoso. Lo que importa aquí, es simplemente que el agente tenga la voluntad de manejar un vehículo, sin importar tampoco, si tenía o no conocimiento, habilidad o destreza para manejar éste.

2. Falta de intención en la producción del resultado dañoso, es decir, ausencia de intención delictiva, ya sea por falta de previsión o habiendo sido previsto el resultado, se esta con la esperanza de que éste no se producirá. El activo no quiere la producción del resultado lesivo.

3. Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación a los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable. El resultado dañoso debe ser previsible por el agente. Para apreciar la previsibilidad del resultado han de tomarse en cuenta las circunstancias objetivas, como las subjetivas que concurren en el hecho. Con relación a las circunstancias objetivas, deberá tomarse en cuenta si el hecho era previsible conforme a la experiencia de la vida cotidiana de las personas concienzudas y juiciosas. Por lo que hace a las circunstancias subjetivas, deberán apreciarse las circunstancias de carácter personal del sujeto, como son su cultura, capacidad física y psicológica, es decir, deberán examinarse si el comportamiento le puede ser exigido al agente, dadas sus características y capacidades individuales. El deber de evitar presupone el poder evitar.

4. Violación del deber de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Estos deberes de cuidado derivan de la ley o de la convivencia social.

5. El resultado dañoso deberá necesariamente estar previamente establecido en una ley exactamente aplicable al caso concreto, es decir, tipificado como delito en la ley penal vigente. Si el supuesto de hecho no está previsto y sancionado en una ley penal, no será considerado como delito.

6. Deberá existir un nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el agente y el resultado producido.

Establecidos los elementos que componen la culpa, considero importante apuntar que en México, el Poder Judicial de la Federación ha señalado que los elementos del delito culposo son los siguientes:

Rubro y texto: IMPRUDENCIA, DELITOS POR. Los elementos constitutivos del delito imprudencial o culposo pueden reducirse a tres: a) un daño igual al que produce un delito intencional; b) actos u omisiones faltos de previsión, negligentes, carentes de pericia, irreflexivos o desprovistos de cuidado; y c) relación de causalidad entre tales conductas y el daño causado.

Precedentes: Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte SCJN, Tesis: 173, Página:99, Amparo directo 3393/53. Pedro Arias Orozco. 5 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1866/54. Vicente Aguilar Monsivais. 23 de septiembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 282/52. Marcelino Espinoza Villagrán. 22 de octubre de 1954. Cinco votos. Amparo directo 7823/57. Álvaro Reyes Pérez. 17 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4357/59. Augusto Valdez Sánchez. 30 de octubre de 1959. Cinco votos.

Rubro y texto: DELITO CULPOSO. SUS ELEMENTOS. Los elementos del delito culposo son: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante, y d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión causales. Por tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que el agente incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible.

Precedentes: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 6 Segunda Parte, Página:19, Amparo directo 6765/67. David López Elizalde. 16 de junio de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Rubro y texto: IMPRUDENCIA. Los elementos materiales constitutivos del delito culposo son: a) Un estado de imprudencia en el agente activo del delito por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado. b) Un daño tipificado como delito, y c) Que exista relación de causalidad entre aquel estado y el daño causado.

Precedentes: Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XIII, Página: 91, Amparo directo 7823/57. Álvaro Reyes Pérez. 17 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Si algo es incuestionable, es que del contenido de las tesis transcritas se pone de relieve que el Poder Judicial de la Federación ha adoptado la teoría de la previsibilidad de Carrara, al establecer como uno de los elementos de la culpa, la previsibilidad, consistente en un estado subjetivo en que el agente incurre por falta de previsión de lo que humanamente es previsible. De la misma forma se observa que toma en cuenta la llamada teoría de la falta del deber de atención, así como la del deber de cuidado, pues derivado precisamente de ese estado subjetivo del sujeto, se puede obrar desatendiendo un deber de cuidado, el cual como ya se ha señalado es eminentemente de carácter normativo. Toma en cuenta también la voluntariedad del acto, es decir, de la acción u omisión desplegada por el agente, lo cual no implica que se tenga voluntad de producir el resultado dañoso. Este criterio es aceptado mayoritariamente por las diferentes posiciones dogmáticas que ya fueron estudiadas. De la misma forma se acepta que la acción u omisión culposa deberá estar tipificada en la ley penal para que sea considerada como delictuosa. Finalmente se acepta la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado producido.

Lo anterior se corrobora perfectamente si se toma en cuenta el contenido del artículo 9º del Código Penal Federal, el cual como concepto formal de culpa establece lo siguiente:

“Artículo 9º. (...)

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.”

Es decir, la culpa en el Código Penal Federal se identifica claramente con la teoría de la previsibilidad, pues considera a esta como elemento de la culpa consciente, y por cuanto hace a la llamada culpa inconsciente, si bien en esta no hay previsibilidad del resultado, si es exigible al agente haberlo previsto y evitado; luego, la previsibilidad si que esta considerada en nuestro derecho positivo como elemento de la culpa. Lo mismo sucede con la violación al deber de cuidado, característico de la teoría sustentada por Jescheck, pues en las dos clases de culpa, existe siempre como elemento de esta, el deber de cuidado que el sujeto tiene para evitar que el resultado dañoso se produzca. No deja de ponderarse, que cuando el artículo 9º dice, “el que produce el resultado típico”, se esta refiriendo a que en todo delito culposo necesariamente deberá existir un resultado dañoso, y fundamentalmente que el hecho culposo se encuentre tipificado en la ley penal como delito, dado que habla de resultado típico. De lo anterior se deduce que se requiere también un nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido, elemento esencial para cerrar el hecho punible culposo.

2.7. Elementos generadores de la culpa

Se ha dicho que si se imputa un hecho culposo a un sujeto, no es únicamente porque éste podía conocer y prever las consecuencias dañosas de su conducta voluntaria no dirigida intencionalmente a producir un resultado antijurídico, sino por algo más, este algo más, se llamada en diferentes disposiciones jurídicas, negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de leyes y reglamentos, conocidos también por la doctrina como elementos generadores de la culpa, es decir, son fenómenos que usualmente crean el comportamiento culposo. En todos ellos se evidencia una omisión del deber de cuidado que al sujeto le era exigible en el caso concreto, pero cada uno de ellos tiene características diferentes y muy particulares.

En este orden de ideas, es importante puntualizar de manera categórica que no es lo mismo la culpa, que la imprudencia, negligencia o impericia, sin embargo, éstos términos muchas de las veces son utilizados de manera indistinta, y erróneamente como sinónimos; sin embargo, a mi juicio la culpa se viene a constituir como el género; la imprudencia, negligencia e impericia, como especies de la culpa; es decir, la culpa se encuentra a nivel de continente y las especies generadoras de la culpa a nivel de contenido.

Puntualizado lo anterior, pasó a desarrollar el contenido de los llamados elementos generadores de la culpa, dentro de los cuales se encuentran, la imprudencia, negligencia, impericia y el incumplimiento de normal legales. Es importante aclarar, que del contenido de la bibliografía consultada se puede observar que el criterio mayoritario, ha sostenido que éstos son los elementos generadores de la culpa.⁸⁶

Sobre este tópico nuestro máximo Tribunal Federal ha sostenido lo siguiente:

⁸⁶ Es preciso aclarar que en el plano doctrinal existen diversos criterios para fundamentar cuáles son los fenómenos que crean el comportamiento culposo (elementos generadores de la culpa). Engisch, sostiene que la infracción del deber de cuidado es el fundamento de la culpa; Carrara habla de la falta de previsibilidad, así como del vicio de la voluntad lo que provoca una falta de reflexión; von Liszt se refiere a la falta de precaución. Es decir, existen otras concepción teóricas que no se refieren únicamente a la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de leyes y reglamentos como elementos que pueden generar una conducta culposa; en tal virtud, es importante puntualizar que de aceptarse otros elementos generadores de la culpa, podría traer como consecuencia la impunidad de aquellas que no son defendidas por la corriente mayoritaria, dado que no se trata simplemente de un problema de terminología, sino de fenómenos que crean el comportamiento culposo. En México, Ignacio Villalobos al establecer su definición de culpa, refiere que en términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precaución o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo. Sin embargo, si bien es cierto Villalobos incluye dentro de la definición de culpa, diversas terminologías, como la falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, lo cierto es que más adelante, sostiene de manera concluyente al establecer el significado de la negligencia e imprudencia, que los demás términos empleados en la definición de imprudencia, como la falta de atención, de reflexión, de precauciones o de cuidados, no tienen un contenido autónomo sino que son diversas formas en que se manifiesta la negligencia o la imprudencia; su uso es redundante y tiende, en forma semicasuística, a sugerir la idea de la culpa; pero según se van precisando los elementos esenciales de lo definido y se vayan seleccionando las palabras que mejor los expresen, deben desterrarse de la definición como medios indirectos que no favorecen la concisión ni la precisión deseables. En ese sentido Villalobos sostiene que debe suprimirse también la expresión impericia, dado que ésta por sí, no es un elemento de la culpabilidad y concluye afirmando que, el verdadero factor de culpabilidad es únicamente la negligencia y la imprudencia. Cfr. VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit., pp. 298-299; FEIJÓO, BERNARDO, op. cit., pp. 51-54, 59-60; CARRARA, FRANCISCO, op. cit., pp. 82-88; LISZT, FRANZ VON, op. cit., pp. 419-420.

Rubro y texto: IMPRUDENCIA. El delito culposo no consiste en que el agente quiera el resultado que se produce, sino en no haber tomado las debidas precauciones para evitar los daños, sean por imprudencia, por imprevisión, por negligencia, por impericia, por falta de reflexión o de cuidado.

Precedentes: Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XXXVI, Página: 73. Amparo directo 1970/60. Bibiano López Coronel. 15 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

2.7.1. La imprudencia

“La imprudencia es propiamente la irreflexión, la insuficiente ponderación, e implica siempre una escasa consideración a los intereses ajenos.”⁸⁷

“La imprudencia es una manera de actuar sin la cautela que, según la experiencia corriente, debemos emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún perjuicio; es un comportamiento inadecuado que lleva al sujeto a obrar sin las precauciones debidas, y que suele originarse en falta de discernimiento, en desatención y, en general, en el predominio de las pulsiones instintivas sobre la ponderada reflexión.”⁸⁸

“La imprudencia supone obrar, emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos.”⁸⁹

“Es la conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado.”⁹⁰

⁸⁷ ANTOLISEI, FRANCISCO, op. cit., p. 256.

⁸⁸ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, op. cit., p. 96.

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, op. cit., p. 381.

⁹⁰ ALTAVILLA, ENRICO, op. cit., p. 6.

2.7.2. La negligencia

“La negligencia muestra una actitud síquica un tanto diferente: se trata de la desidia, y precisamente de la falta o insuficiencia de atención o de solicitud.”⁹¹

“La negligencia estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales ora en los de la vida ordinaria.”⁹²

“La negligencia no es sino falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente. Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de un resultado posible.”⁹³

“La negligencia consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta, y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso.”⁹⁴

También puede implicar “el obrar con retardo, o no obrar, o actuar abúlicamente, ante los deberes de hacer; el apático o negligente se muestra negativo frente a su obligación de diligencia.”⁹⁵

2.7.3. La impericia

“La impericia consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de determinado oficio, arte o profesión, o en la falta de aquella habilidad que ordinariamente se exige en el desempeño de ciertas funciones.”⁹⁶

⁹¹ ANTOLISEI, FRANCISCO, op. cit., p. 256.

⁹² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. V., op. cit., p. 918.

⁹³ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 417.

⁹⁴ ALTAVILLA, ENRICO, op. cit., p. 5.

⁹⁵ FERREIRA DELGADO, FRANCISCO, Teoría general del delito, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988, p. 386.

⁹⁶ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, op. cit., p. 98.

Se habla de impericia, cuando “se reconoce comúnmente que para poder hablarse de responsabilidad culposa no falta la simple falta de habilidad profesional: se necesita también una insuficiente preparación o una ineptitud de que el agente, aun siendo consciente, no haya querido tenerla en cuenta.”⁹⁷

“La impericia requiere, pues, practicar una profesión u oficio que se tiene, sin los conocimientos, habilidades, cuidados y prudencia exigidos por su arte.”⁹⁸

La impericia demanda profesión, arte y oficio, fuera de ellas no cabe impericia, pero no todo acto culposo del que ejerce un arte, oficio o profesión, debe reputarse como imperito, puesto que se puede tener pericia y no emplearla, es decir actuar negligentemente, y sobre todo se puede obrar con pericia, con grande y extremada pericia, y proceder, sin embargo, con gran imprudencia.

En relación a la impericia tampoco puede decirse que es propiamente imperito el profesional que tenga un talento y una cultura inferior al grado normal; lo único que se exige a los profesionales es un tipo determinado de capacidad que ya acreditan en sus pruebas de aprendizaje, escuela, colegio o universidad, y fundamentalmente cuando se cuenta con una cédula profesional que habilita al sujeto para desempeñar una profesión, como puede ser la de médico.

2.7.4. El incumplimiento de normas legales

“Este generador de culpa se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el autor haya sido resultado de la violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acaecimientos.”⁹⁹

⁹⁷ ANTOLISEI, FRANCISCO, op. cit., p. 256.

⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. V., p. 920.

⁹⁹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, op. cit., p. 99.

Se ha establecido que dentro de esta especie generadora de la culpa se encuentran no únicamente disposiciones jurídicas de derecho público, sino también de derecho privado, como puede ser en este último caso, el reglamento emitido por el dueño de una empresa determinada que crea diversas normas de seguridad e higiene en el trabajo tendientes a prevenir y evitar conductas dañosas.

En relación a este tema las posiciones dogmáticas están divididas, unos sostienen que la inobservancia de disposiciones legales no da lugar a eventos culposos sino en la medida en que el sujeto lo haya hecho por cualquiera de los otros mecanismos generadores de la culpa, (imprudencia, negligencia e impericia), o más exactamente, cuando constituya la violación del deber de cuidado que le era exigible en esa situación. Sin embargo, otros sostienen que, el solo hecho de que tal inobservancia sea la causa del resultado antijurídico es generadora de responsabilidad a título de culpa, dado que tanto las norma de derecho público emitidas por el Estado, como las de derecho privado emitidas por particulares, han previsto las contingencias dañosas de un actuar diverso, habiéndolas creado precisamente para evitar y prevenir resultados dañosos.

Sobre el particular, tengo una posición adherente con el primer criterio, es decir de la que considera que el mero incumplimiento de normas legales no da lugar a eventos culposos, sino únicamente da lugar a poder establecer con meridiana precisión en que consistió el incumplimiento del deber de cuidado que le era exigible al agente, lo cual será de gran utilidad para que el juzgador pueda realizar con certeza jurídica un juicio de tipicidad, derivado de una conducta imprudente, negligente o de falta de pericia. Es decir, lo que interesa al derecho penal para poder determinar si existe culpa o no, es un aspecto puramente psicológico en tanto saber si el resultado era previsible o no, así como también evitable.

A mayor abundamiento, debo señalar que si el incumplimiento de normas legales se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el actor haya sido el resultado de la violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acontecimiento dañosos, y que esto es el

resultado de la necesidad de que existan disposiciones normativas que regulen dichas actividades peligrosas, dada la sociedad de riesgos en la que actualmente se vive por virtud del acelerado desarrollo de la máquina, ello nos conduce a afirmar que el incumplimiento de normas legales, no constituye un estado anímico en sí, sino la reafirmación normativa de la necesidad de obrar con diligencia, prudencia o pericia.

2.8. Clases de culpa (culpa consciente y culpa inconsciente)

La culpa consciente o culpa con representación, en un principio se asimiló al dolo, y más concretamente al llamado dolo eventual, se hablaba de que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente era el mayor grado de probabilidad del resultado; es decir, a mayor grado de aproximación aparecía el dolo eventual; a menor grado, la culpa consciente. A simple vista se observa lo débil de esta posición dogmática, ya que es difícil determinar el criterio o medida, en forma anticipada, para determinar ese grado de probabilidad. Actualmente se admite que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que en la primera se acepta el resultado, y en la segunda se tiene la esperanza de que el resultado no suceda; en ambas no se quiere la conducta, se representa el resultado, pero en el dolo eventual se acepta ese resultado en caso de que suceda; y en la culpa consciente, ese resultado previsto no se quiere ni se acepta, se confía o tiene la esperanza en que no sucederá. Existen también algunas posiciones doctrinales que establecen que si la culpa consciente se asemeja al dolo eventual, la culpa inconsciente se identifica con el caso fortuito. Sin embargo, del dolo eventual y el caso fortuito hablaremos más adelante para poder entender de una manera más clara las diferencias existentes entre los conceptos antes aludidos.

La posición dominante en relación a las clases de culpa ha considerado la existencia de dos, la culpa consciente y la culpa inconsciente, llamadas también, culpa con representación y culpa sin representación, respectivamente.

Jiménez de Asúa hace la siguiente diferenciación, entre culpa consciente e inconsciente.

“a) Culpa consciente: Saber dudoso de las circunstancias del hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiormente de acuerdo, pues él espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la conciencia de la antijuridicidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad.

b) Culpa inconsciente: Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera podido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).”¹⁰⁰

En este sentido, Bustos Ramírez clasifica los tipos culposos en dos clases, con representación y sin representación (culpa consciente y culpa inconsciente). “En el caso de la culpa con representación o consciente, el sujeto previó el proceso afectante de un bien jurídico, que exigía un determinado cuidado; en la culpa sin representación el sujeto no previó un proceso, que exigía un determinado cuidado, y que sin embargo, debió preverlo conforme al criterio de adecuación.”¹⁰¹

Jescheck refiere que “en la imprudencia inconsciente (negligentia), el autor, a causa de una infracción del cuidado debido, no piensa en la posibilidad de la realización del tipo legal por su parte, mientras que en la imprudencia consciente (luxuria) advierte en verdad la presencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción, pero, por la infravaloración del grado de aquel, por la sobrevaloración de sus propias fuerzas o por la simple confianza en su buena suerte, confía indebidamente en que no se realizará el tipo legal. Al igual

¹⁰⁰ Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, op. cit., p. 378.

¹⁰¹ Op. cit., p. 267.

que el dolo, la imprudencia puede referirse no sólo a un resultado de lesión, sino también a un resultado de peligro. La imprudencia consciente resulta asimismo imaginable en conexión con una puesta en peligro: en este caso el autor considera posible la producción del peligro, pero confía en que no se materializará... En ambas clases de imprudencia, que frecuentemente no pueden distinguirse nítidamente en la praxis, el contenido del injusto y de la culpabilidad radica en una falta de la atención debida, pues también la imprudencia consciente descansa en un indebido desconocimiento, no ciertamente de la presencia del peligro, pero sí de la magnitud, del alcance del deber de cuidado o de la limitación de las facultades propias. Tampoco se da entre las dos clases de imprudencia una relación gradual, pues la actitud de quien ni siquiera percibe el peligro puede ser más reprobable que la despreocupación del imprudente consciente, quien sólo sobreestima sus propias fuerzas. La importancia práctica de la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente consiste, sobre todo, en que de ese modo, cabe trazar una clara línea de separación frente al dolo eventual.”¹⁰²

Para Roxin, “la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas. Sin embargo la imprudencia consciente resulta, *ceteris paribus*, más merecedora de pena que la inconsciente, de modo que la diferencia repercutirá en la medición de la pena. Es verdad que se señala siempre que no existe una verdadera “relación gradual” según el contenido de culpabilidad, porque la falta de atención conducente a la no previsión de la posibilidad del daño podría pasar ya más que la confianza en la no producción del resultado. Pero únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco menos que justificada. Si por el contrario se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un

¹⁰² Op. cit., pp. 516-517.

motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente.”¹⁰³

Entre las únicas utilidades prácticas que se han hecho a la diferenciación entre culpa consciente y culpa inconsciente, se encuentran las que sostienen que esta división justamente ha servido para trazar una línea divisoria entre la culpa consciente y el dolo eventual, así como para la graduación de la pena, en donde es más reprochable la culpa inconsciente, en relación a la consciente, pues en la primera ha existido en el agente una total desatención al deber de cuidado que le era exigible para evitar el resultado dañoso.

En México, ya en el artículo 9º del Código Penal Federal, se han retomado las ideas penales que me refiero en las líneas que anteceden, para poder diferenciar lo que debe entenderse por culpa consciente e inconsciente, y en ese sentido, desde mi punto de vista se pueden perfectamente establecer los siguientes conceptos que se desprenden del contenido del numeral antes citado.

a) Hay culpa consciente, cuando el activo produce el resultado típico, que sí previó, confinado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y sus condiciones personales.

b) Hay culpa inconsciente, cuando el activo produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y sus condiciones personales.

En razón de lo anterior y tratando de hacer un ejercicio intelectual para poder establecer cuales son los elementos que distinguen a la culpa consciente de la inconsciente, paso a exponer los siguientes puntos:

¹⁰³ Op. cit., p. 1019.

1. Culpa consciente:

- a) Nexo psicológico entre el autor y el resultado producido;
- b) Previsibilidad del resultado;
- c) Se confía en que el resultado no se producirá;
- d) Ausencia de voluntad del evento (el agente no quiere ni acepta el resultado);
- e) Violación al deber de cuidado que le es exigible.

2. Culpa inconsciente:

- a) Ausencia de nexos psicológicos entre el autor y el resultado;
- b) No previsibilidad del resultado;
- c) Ausencia de voluntad del evento (el agente no quiere ni acepta el resultado);
- d) Violación al deber de cuidado que le es exigible.

2.9. Grados de culpa

Los grados de culpa sirven únicamente para graduar el quantum de la pena, es decir, el grado de reproche social que se le hace al sujeto que comete un delito culposo; en tal virtud, estos grados de culpa en lo general se clasifican en: grave, leve, y levísima.

Con relación a los grados de culpa, Jiménez de Asúa señala que “los primeros penalistas científicos de Italia, como Carmignani, tratan de extraer de las fuentes romanas la graduación de la culpa en lata, levis y levíssima...La

culpa lata existía cuando el resultado pudo ser previsto por todos los hombres...La culpa leve se daba cuando el resultado podía ser previsto solo por hombres diligentes...Finalmente la culpa levísima tenía lugar cuando el resultado únicamente podría ser previsto por las personas que poseían una diligencia extraordinaria.”¹⁰⁴

Para Bustos Ramírez existen diferentes clases de imprudencia que contempla el Código Penal Español: “imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos e imprudencia simple sin infracción de reglamentos. La imprudencia temeraria implica el grado mas grave de culpa, porque significa que el sujeto no empleo aquel cuidado que el hombre mínimamente razonable hubiese empleado en esa ocasión, de ahí que se castigue con mayor amplitud, ya que se estima que es lo menos que puede exigir el derecho respecto de un sujeto. La imprudencia simple, en cambio, significa una mayor exigencia al sujeto, pues implica la aplicación de aquel cuidado que un hombre medio razonable hubiese empleado. Por eso, no se castiga siempre, sino bajo ciertas condiciones.”¹⁰⁵

En la conocida distinción entre culpa lata, culpa leve y culpa levísima, Francesco Carrara, señala que “Es lata, cuando el resultado dañoso lo habrían podido prever todos los hombres; es leve, cuando solamente lo habrían podido prever los hombres diligentes; y es levísima, cuando se habría podido prever solamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.”¹⁰⁶ Con esto, como se observa, coincide con Jiménez de Asúa.

Por mi parte es importante señalar que en México, puede afirmarse que en el artículo 60 del Código Penal Federal, se aceptan expresamente los grados de culpa a que ya hice referencia, los cuales han sido tomados en cuenta por el Legislador para imponer las sanciones penales derivadas de la comisión de un delito culposo, atendiendo para ello a la mayor o menor

¹⁰⁴ *Teoría del delito*, op. cit., p. 473.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 268.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 86.

gravedad del hecho punible, y para ilustrar lo anterior procedo a citar en lo esencial el contenido del dispositivo legal de mérito.

Artículo 60.- (...)

Cuando como consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever o evitar el daño que resultó;
- II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado a delinquiró anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios;
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, en general, por conductores de vehículos.

Como conclusión basta decir que los grados de culpa en grave, leve y levísima, su utilidad práctica ha sido exclusivamente para la graduación en la imposición de las penas por la comisión de un hecho punible culposo, por ende para establecer un mayor o menor grado de reprochabilidad a la conducta desplegada por el agente.

2.10. El dolo eventual y sus límites con la culpa consciente

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de lo que constituye el dolo eventual¹⁰⁷, dado que el objeto de estudio de la presente investigación se instituye de manera fundamental en el delito culposo, he considerado importante hacer referencia a esta especie de dolo, con la finalidad de poder entender de una manera más clara, cuál es la diferencia entre dolo eventual y

¹⁰⁷ Idea que el Código Penal Federal ha retomado en el artículo 9º, en los siguientes términos: “obra dolosamente el que, previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.”

culpa con representación, ya que al primero se le ha considerado el inferior de la formas dolosas, y la segunda, la superior de la culposas; sin embargo y dada la línea tan delgada que existe entre estas figuras jurídicas, es importante hacer una amplia investigación sobre el particular, pero dado que sobrepasa los límites de la presente tesis doctoral, sólo se hará referencia al dolo eventual para conocer esa frontera que existe con la culpa con representación.

En el plano doctrinal el dolo eventual (*dolus eventualis*) se entiende de la siguiente forma: “hay *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la probabilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo.”¹⁰⁸

Para Reyes Echandía en el dolo eventual, “el agente se dirige hacia un fin penalmente indiferente pero se representa como probable la producción de un resultado antijurídico, sin que ello lo desvíe de su línea de conducta inicial, sino que, al contrario, sigue adelante y asume el riesgo de tal evento; o su voluntad consciente apunta a un evento antijurídico deseado pero se representa la probabilidad de que una vez de ese o además de ese pueda verificarse otro igualmente antijurídico y decide continuar adelante sin hacer nada para evitar que dichos eventuales resultados se produzcan.”¹⁰⁹

A fin de establecer la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, puede partirse del estudio de las teorías volitivas y las teorías cognitivas, dentro de las primeras se encuentran la teoría del consentimiento y la teoría del sentimiento; entre las segundas destacan, la teoría de la representación y la teoría de la probabilidad.

“La teoría del consentimiento, propone la existencia del dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepta la producción del resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

¹⁰⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, T. V, op. cit., p. 585.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 58.

Según la teoría de la probabilidad, si el sujeto considera probable la producción del resultado estaremos ante el dolo eventual. Pero si considera que la producción del resultado era meramente posible, se dará la culpa consciente o con representación. La teoría de la probabilidad prescinde a la hora de deslindar el dolo eventual y la culpa consciente de un elemento esencial del dolo: el elemento volitivo. El dolo es conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. En el dolo eventual la relación de la voluntad con la realización de los elementos objetivos del tipo es menos intensa, pero es preciso que concurra un elemento emocional, que refleje la actitud del sujeto ante la posible lesión del bien jurídico.”¹¹⁰

Al tratar el tema del dolo eventual, Díaz Aranda¹¹¹ refiere que existen varias teorías para explicar el dolo eventual, y sobre el particular puntualizar que la teoría del sentimiento, considera que hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que pueden resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con tal indiferencia y en consecuencia desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. Más adelante al referirse a la teoría de la representación, dice que esta parte del elemento puramente cognitivo, es decir, la mera representación por parte del sujeto de la probabilidad de que su acción sea la adecuada para producir el resultado lesivo, en estas condiciones existe dolo eventual, pero si por el contrario el sujeto confía en que el resultado no se producirá, se excluye el dolo.

Como conclusión es preciso decir que es la teoría del consentimiento la que da una solución para poder entender de una manera más clara, cuál es la diferencia o línea divisoria que existe entre el dolo eventual y la culpa consciente, dado que incorpora como elemento toral o diferenciador, el consentimiento del agente en la producción del resultado, es decir, no basta que el sujeto se represente el resultado como probable, sino que es necesario que el activo consiente o acepta la producción del resultado, en tanto que si

¹¹⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, op. cit., p. 117.

¹¹¹ Cfr. Op. cit., pp. 149-151.

realiza la acción con la confianza de que éste no se produzca, se dará la culpa consciente o con representación.

La teoría de la probabilidad, que establece la probabilidad del resultado, surte tanto para el dolo eventual como en la culpa consciente pues en todo momento existe la representación de un resultado de posible producción.

De la teoría del sentimiento puede decirse que no soluciona el problema que se trata de resolver, y que lo es precisamente conocer cual es la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues en esta última es innegable que se actúa de manera indiferente pues no obstante que el agente se representa el posible resultado, omite evitarlo, incumpliendo con un deber objetivo de cuidado que podía y debía cumplir dadas las circunstancias y sus condiciones personales, y en esa tesitura, tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente existe el sujeto activo del delito actúa con gran indiferencia en la producción del resultado típico.

Por cuanto hace a la teoría de la representación, considero que en base a esta posición teórica, existe representación tanto en el dolo eventual, como en la culpa consciente, pues en ambos casos el sujeto activo se representa en su psique la posible producción del resultado, por ende tampoco sirve para hacer una diferencia entre dolo eventual y culpa consciente.

En atención a lo antes expuesto, y haciendo un ejercicio mental para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, debe puntualizarse que en el primero, el agente no quiere el resultado dañoso, aunque se lo representa como posible, es decir, para el caso de que se llegará a presentar éste, lo acepta y aprueba; en la segunda, el activo del delito tampoco quiere el resultado típico, pero se lo representa como probable, pero no acepta ni aprueba la causación del resultado para el caso de que este se presente en el mundo fáctico.

Por otra parte debe decirse que la trascendencia práctica en establecer nítidamente el límite que existe entre el dolo eventual y la culpa consciente,

radica fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto que cometa la conducta delictiva, es decir, se ha sostenido que será más severamente sancionada una conducta dolosa que una culposa; luego el dolo eventual representará una reprochabilidad social más grave que la culpa consciente.

Haciendo una sinopsis de lo antes apuntado, se puede afirmar que los elementos del dolo eventual son los siguientes:

- a) Representación del resultado;
- b) El activo considera el resultado como posible ;
- c) El activo no desea el resultado;
- d) Si se produce el resultado, el activo lo acepta y aprueba.

2.11. La preterintencionalidad (actividad dolosa y resultado culposo)

El delito preterintencional¹¹² ha sido considerado por la doctrina como aquellos casos en donde el resultado típico sobrepasa la intención del sujeto; las opiniones se encuentran divididas para explicar su esencia, por un lado están los que establecen que la preterintencionalidad es de naturaleza dolosa, por otro, los que argumentan que se trata de delitos calificados por el resultado, y finalmente los que entienden que se trata de delitos compuestos tanto de dolo como de culpa.

En la doctrina la preterintencionalidad ha sido definida como “la ultra intención, de conformidad con el cual el agente habiendo dirigido su voluntad conscientemente hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce

¹¹² Esta especie de delito fue adoptada por muchos años en nuestro Código Penal Federal en su artículo 9º hasta antes de la reforma de 1993, en los siguientes términos: “Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.”

a la postre un resultado de esta misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.”¹¹³

Para que se hable de preterintencionalidad “se ha exigido siempre una conducta dolosa encaminada a producir un acto contrario a derecho, que a consecuencia de ésta sobrevenga un daño material, y que ese daño material sea más grave que el que el agente se propuso realizar; por último, se requiere la presencia de una relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional.”¹¹⁴

Dentro de la posición dogmática que considera que la preterintencionalidad es de naturaleza dolosa, se encuentra Francesco Carrara, quien estimó, con estricta referencia al homicidio *preterintencional*, que ese delito pertenece a la familia de los homicidios dolosos, en virtud de que el ánimo del autor se encuentra proyectado a la simple lesión de la persona y, por necesidad absoluta, la causación de la muerte se conecta con dicho ánimo de lesión, presuponiéndose que el acontecimiento de muerte, además de no haber sido querido no ha sido tampoco previsto, aun cuando por su naturaleza se trata de un acontecimiento previsible.

“Cuando hay *previsión de un efecto posible, sin volición decidida del mismo efecto*, se tiene la intención indirecta positiva. O sea, se previó, pero no se quiso, porque se esperó que el evento más grave no se produjera. La intención indirecta positiva se identifica con el dolo indeterminado. Se parece a la preterintencionalidad, pero no se identifica con ella. El primero requiere la prueba de la previsión actual en la consecuencia más grave, aunque no acompañada de voluntad explícita, en tanto que la otra se conforma con una previsión presunta, de la posibilidad de prever. Y, precisamente, la diferencia que existe entre la posibilidad de prever y la previsión actualmente demostrada, marca la línea que separa el delito preterintencional del delito voluntario con dolo directo. Así, para que se pueda hablar de homicidio preterintencional, es

¹¹³ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, op. cit., p. 115.

¹¹⁴ PERIS REIRA, JAIME M., La preterintencionalidad, planteamiento, desarrollo y estado actual. (tendencias restrictivas a favor de la penetración en el elemento subjetivo), Valencia, España, Ed. Tirat Loblanch, 1994, p. 39.

necesario establecer no solamente la ausencia de la intención directa de matar, sino también la previsión del efecto letal.”¹¹⁵

“Cuando se prevé una determinada consecuencia como cierta o probable y –aunque no se la quiera por sí misma- se quiere el hecho del que ese resultado ha derivado, hay *dolo indirecto*. En efecto, si por un lado puede decirse que no se ha querido directamente ese efecto determinado, por el otro es cierto que no se ha querido evitarlo, y no querer evitar un resultado que se puede evitar, nos demuestra que el resultado criminal, aunque no haya sido el objetivo al que se miraba, formó parte integral del propósito.”¹¹⁶

Para ilustrar la preterintención Finzi cita el siguiente caso:

“El agente se había propuesto cometer una infracción determinada, pero la acción tuvo como resultado una infracción más grave, que ha sobrepasado el fin del delincuente. En este caso, si el mal ocasionado era una consecuencia que podía producirlo, debe considerarse este mal como un delito intencional. En realidad, el culpable no tuvo el propósito de cometer este delito, su acción miraba a producir un resultado menos perjudicial; pero, sabiendo que daría lugar, con toda probabilidad, a una lesión más grave, quiso eventualmente esa consecuencia del hecho, la prefirió, antes que renunciar a proyecto que quería ejecutar, incluso corriendo el riesgo del resultado previsto. Así, aunque no haya querido directa y principalmente el delito del que se ha convertido en la causa, aunque no lo haya deseado siquiera, no obstante, lo ha consentido por si resultara del hecho; en consecuencia, este delito estaba incluido indirecta y eventualmente en su intención.”¹¹⁷

Entre los partidarios de esta corriente, se encuentran también, Gutiérrez Anzola, quien señala “que el delito preterintencional es una forma de dolo indirecto porque la voluntad criminal esta dirigida a lograr un determinado daño diferente del acaecido, con lo que la relación entre el propósito y el daño

¹¹⁵ FINZI, MARCELLO, El delito preterintencional, Trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pp. 18-20.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

efectuado es indirecta; entonces el resultado sobreviniente se le imputa a su autor “como si lo hubiera querido”, aunque con atenuación de la pena por tratarse de una consecuencia diversa de la que su autor pretendía alcanzar.”¹¹⁸

En relación a los que consideran que el delito preterintencional es un delito calificado por el resultado, llámese a estos como “aquellas situaciones captadas por la ley, de conductas dolosas que producen resultados más graves que los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor.”¹¹⁹

Esta postura que explica la preterintencionalidad, es de subrayarse que la entiende como un delito calificado por el resultado. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado fueron rechazados este tipo de delitos por considerarlos un retroceso histórico a las ideas penales, dado que se imponía una pena a una persona sin atender a su grado de culpabilidad, sino únicamente al resultado lesivo.

“La mencionada expresión, nacida de la doctrina alemana, se vino refiriendo a los casos de delitos en que la pena señalada en la ley para la comisión dolosa de un hecho se prolonga a la producción del resultado más grave, aunque éstos no se hayan previsto siquiera y por ello tampoco querido. Los delitos calificados por el resultado fueron la excepción más notoria del principio nulla poena sine culpa, que se traduce en que toda pena supone culpabilidad en su autor y por ello fue considerado por Löffler y muchos penalistas teutones más, como un baldón ignominioso y retroceso brutal, por representar expresión de una responsabilidad objetiva que atiende al puro proceso causal y no a la verdadera culpabilidad del autor.”¹²⁰

Franz von Liszt hace la crítica correspondiente a los delitos calificados por el resultado al decir: “Según el derecho vigente existe penalidad agravada

¹¹⁸ GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogota, Ed. Temis, 1956, p. 115.

¹¹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, op. cit., p. 426.

¹²⁰ Idem

principalmente en una serie de casos, cuando por un acto en sí mismo culpable, se produce involuntariamente un resultado más grave. La pena más grave, es, pues, inflingida en este caso aunque no haya habido en relación con el resultado más grave, ni dolo, ni culpa del autor. No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado, no responde, ni a la conciencia jurídica actual ni a los principios de una política criminal razonable.”¹²¹

No obstante las críticas que se han hecho a esta corriente, Gimbernat refiere que en relación al homicidio preterintencional conocido así en la doctrina alemana, el Supremo Tribunal alemán ha considerado en tesis jurisprudencial que “cuando a consecuencia de unas lesiones dolosas se produce intencionalmente la muerte del agredido –bien por su especial disposición física, bien por la gravedad de las mismas lesiones, bien por el deficiente tratamiento médico del que fue objeto el lesionado, etc.-, el Supremo Tribunal suele castigar, a pesar de que no hay intención de causar la muerte, por homicidio doloso. Hemos visto ya que en casos excepcionales de proceso causales completamente anómalos acude a veces a la doctrina de la interrupción del nexo causal, niega que la acción del agresor haya causado la muerte y castiga sólo por lesiones. Pero lo normal no es esto; lo normal es que cuando la relación causal entre las lesiones y la muerte haya sido anómala, se castigue al que no tenía la intención de matar, no por homicidio imprudente, sino por homicidio doloso, con la atenuante de preterintencionalidad.

El Supremo Tribunal fundamenta su tesis de la siguiente manera: en las lesiones con resultado de muerte, el arranque ilícito impide aplicar la eximente de caso fortuito; castigar el hecho como homicidio culposo, tampoco es posible, pues el Supremo Tribunal rechaza que pueda haber culpa cuando el acto inicial ha sido ilícito; la única solución que aparentemente queda es subsumir el hecho en el homicidio doloso y, a lo sumo, aplicar la atenuante de preterintencionalidad.”¹²²

¹²¹ Op. cit., T. II, pp. 382-383.

¹²² Delitos cualificados por el resultado y causalidad, op. cit., p. 205.

Los autores que aceptan que la preterintencionalidad admite el conglomerado de dolo y culpa, consideran que existe dolo en el inicio y culpa en el resultado, concurriendo primero un momento psicológico en que se quiere una conducta y un resultado, y otro momento psicológico en que no se previó un resultado más grave, o habiéndose previsto se tenía la esperanza de que no aconteciera.

Altavilla, refiere que “algunos autores opinan que la preterintención esta constituida por dolo mezclado de culpa; dolo, por haber querido ocasionar un resultado; culpa, por haber ocasionado uno mayor, con tal que sea previsible.”¹²³

En relación al llamado concurso de dolo y culpa, Jiménez de Asúa, puntualiza siguiendo a José Irureta Goyena que “Del punto de vista subjetivo, el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa: dolo respecto de la lesión, culpa respecto de la muerte. El sujeto ha querido inferir un daño y lo ha inferido; no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión. La culpa consiste en no preverse, todas las consecuencias conjeturables de un acto o de una omisión.”¹²⁴

Finzi,¹²⁵ describe que dentro de esta corriente doctrinaria, pueden considerarse entre los prácticos, a Bartolomeo Saliceto, Filippo Decio y Giulio Claro. El escrito citado en primer término, entiende que debe responder a título de culpa el autor de violencia, de la que haya derivado, sin que la previera, la muerte: *violentia est crimen ordinatum ad hoc et coetera similia...quod ipse scivit et scire debuit, et sic fuit in lata culpa, si non praecogitavit.*

Filippo Decio afirma que sólo debe responder de homicidio voluntario quien haya tenido *praecise animum occidendi*. Lo que se realiza *praeter opinionem delinquentis*, es culpa.

¹²³ Op. cit., p. 82.

¹²⁴ Principios de Derecho Penal. (La ley y el delito), op. cit., p. 383.

¹²⁵ Cfr. Op. cit., pp. 54-56.

Del mismo modo, Giulio Claro llama culposo el homicidio que ha sobrepasado la intención: *dicitur etiam culposum homicidium quando quis citra animum occidendi alium percussit ex qua temen percussione ille mortus est.*

En época menos remota, la teoría que imputa al reo el evento no querido, a título de culpa, ha tenido en Feuerbach un sostenedor autorizado. Como se sabe, pertenece a este autor la doctrina de la *culpa dolo determinata*.

Los conceptos de Feuerbach pueden enunciarse así: Hay casos en los que el dolo se encuentra con la culpa en la misma acción; esto sucede cuando de la acción dirigida a un fin determinado deriva otro evento antijurídico que el autor ha previsto como posible consecuencia de su acción o ha podido prever. Se tiene el dolo respecto del efecto realmente querido; se tiene la culpa respecto del efecto derivado de la acción del culpable sin su intención: La determinación de voluntad que está en la base de una lesión tal puede denominarse, por consiguiente, culpa determinada por el dolo (*durch Dolus bestimmte Culpa*) (*culpa dolo determinata*).

En México esta posición es criticada por Castellanos Tena, quien considera que “no es dable hablar de una forma autónoma de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, porque ambas formas se excluyen. Para el actuar doloso precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, mientras la culpa se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste surge por la conducta imprudente del autor, al descuidar el cumplimiento del deber de cuidado correspondiente. El delito se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse.”¹²⁶

Del cuadro protagónico antes citado, se puede concluir que de las tres posiciones doctrinales que tratan de explicar la esencia de la

¹²⁶ CASTELLANOS TENA, FERNANDO, op. cit., pp. 252-253.

preterintencionalidad, nosotros nos adherimos a la que considera que se trata de delitos compuestos tanto de dolo como de culpa, pues en efecto en estos casos existen dos momentos o estadios psicológicos en la psique del sujeto, primero se quiere una conducta y un resultado, pero un resultado predeterminado, bajo el control y dominio del activo, luego, en el segundo momento se requiere que el sujeto no haya previsto un resultado más grave, o habiéndose previsto, se tenía la esperanza en que éste no se produjera; en este segundo momento ya no hay la voluntad de producir el verdadero resultado, pues salió del control y dominio del agente el primer resultado propuesto o predeterminado. Lo anterior se sustenta con el siguiente ejemplo: "A" va en busca de "B" para despojarse de su reloj, en su mente lleva un plan, una finalidad, que consiste únicamente en obtener el reloj de manera ilícita; sin embargo como "B" se resiste a ser despojado de su reloj, golpea a "A", quien también propina sendos golpes a "B"; pero ante la premura del tiempo, porque se acerca la policía, "A" le da a "B" un fuerte golpe en el pecho con la finalidad de tirarlo al piso y darse a la fuga. Al recibir el golpe en el pecho, "B" muere instantáneamente en virtud de que tiene un marcapasos en el corazón; esto "A" no lo sabía, es decir, ni siquiera se representó como posible el resultado muerte.

Con esto se observa, como la acción inicial es dolosa, aunque el resultado es de carácter culposo.

Dada la posición adoptada en este trabajo; como elementos de la preterintencionalidad se citan los siguientes:

- a) Voluntariedad de un hecho típico y antijurídico;
- b) Dolo y culpa comulgan en la misma acción;
- c) Hay dos momentos psicológicos, el primero es doloso y el segundo culposo;
- d) Hay voluntad de producir el resultado inicial, no así el resultado final;

- e) Hay un resultado diverso al propuesto;
- f) Existe mayor gravedad del resultado querido;
- g) El resultado producido es de carácter culposo con previsión o sin previsión;
- h) Relación causal entre la conducta inicial y el resultado producido.

2.12. El caso fortuito (ni dolo, ni culpa)

En tratándose del caso fortuito¹²⁷ se ha dicho que este se constituye como el límite de la culpabilidad, dado que el criterio mayoritario ha sostenido que hay caso fortuito cuando no hay dolo ni culpa, o sea ni intención ni imprudencia, y si los delitos únicamente tienen la forma de realización dolosa o culposa, no puede haber delito, por ende culpabilidad.

De la misma forma el criterio mayormente aceptado dentro de la dogmática jurídico penal, sostiene que la previsibilidad es elementos esencial para poder diferenciar entre culpa y caso fortuito, pues incluso se ha señalado que dicho elemento *previsibilidad* a marcado la diferencia entre la culpa inconsciente y el caso fortuito, sin embargo, también hay criterios que se han opuesto a tener como determinante a la imprevisibilidad del hecho para que se hable de caso fortuito, pues hallan la diferencia entre culpa y caso fortuito, en el deber de prever.

¹²⁷ El Artículo 15, fracción X, del Código Penal Federal, establece la figura del caso fortuito como excluyente del delito, en los siguientes términos: Artículo 15.- El delito se excluye cuando: “X. El resultado típico se produce por caso fortuito.” Nótese que nuestro Código Penal Federal vigente omite señalar qué debe entenderse por caso fortuito; sin embargo debe puntualizarse que en la redacción anterior a la actual, se establecía en la misma fracción, lo siguiente: “X. Causar daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.” Debe puntualizarse también, que si bien el criterio mayoritario establece que el caso fortuito excluye la culpabilidad, dado que no hay dolo ni culpa, considero que ello dependerá del lugar sistemático en donde se encuentren esos elementos subjetivos, pues recuérdese que tanto para el finalismo como para el funcionalismo éstos se ubican sistemáticamente en el tipo penal.

No obstante lo anterior, el criterio dominante se inclina por aceptar que para que se hable de caso fortuito necesariamente deberá ser imprevisible el resultado dañoso.

Francesco Carrara establece que “cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que solo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista no querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente; se tiene caso fortuito.”¹²⁸

“El no haber previsto la consecuencia ofensiva, distingue la culpa del dolo, y el no haberla podido prever, diferencia el caso fortuito de la culpa. Por eso el caso fortuito no es imputable, pues aun suponiendo que hubiese precipitación en el obrar, no puede reprocharse la omisión de una diligencia, cuyo empleo (supuesta la absoluta impotencia del entendimiento) habría resultado inútil para prever los efectos que de ello se siguieron. Acerca de esto debe notarse que la previsibilidad sin el poder de prevenir, equivale a la imprevisibilidad, cuando el hombre se encuentra en necesidad de obrar.”¹²⁹

“La culpa descansa, por consiguiente, en un error relativo a la significación –causante o no impediendo del resultado- de la manifestación de la voluntad, o en el conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del hecho. En esto se halla la diferencia del dolo. Pero ese error y esa falta sólo justifican la admisión de la culpa cuando hubieran podido y debido ser evitados. En esto se halla la diferencia entre la culpa y el caso fortuito. El error solo excluirá, pues, la culpa, cuando sea inevitable, es decir, cuando, según las condiciones del agente le sea imposible obtener la representación de la importancia de su manifestación de voluntad.”¹³⁰

Contrario al criterio de la previsibilidad, Quintano Ripollés¹³¹ afirma que en materia de caso fortuito, tampoco el elemento previsibilidad desempeña un

¹²⁸ Op. cit., pp. 79-80.

¹²⁹ Ibidem, pp. 84-85.

¹³⁰ VON LISZT, FRANZ, op. cit., p. 420.

¹³¹ Cfr. Op. cit., pp. 173-178.

papel decisivo, menos aún quizás que en la de delimitación entre culpa consciente y *dolus eventualis*. Lo que no basta para que la jurisprudencia siga frecuentemente aferrada a él, así como buena parte de la doctrina moderna. Es incuestionable refiere este autor, que en los casos fortuitos mejor caracterizados, pudo haber previsión, como la hay en quien cobijándose bajo un árbol durante la tormenta para no mojarse, prevé como posible la descarga de un rayo, sin que ello quite nada a lo fortuito de ese evento, pues piénsese, en el supuesto de quien al colocarse en tales situaciones hubiere obedecido a orden o consejo de persona extraña, de un preceptor, por ejemplo, sobre niños encomendados a su custodia.

Más adelante establece *el deber de prever*, como la esencia diferenciadora entre culpa y caso fortuito, pues refiere que es en la obligación genérica o específica de actuar o no actuar, ante una situación determinada, donde estriba la diferencia verdaderamente esencial entre la culpa y el caso fortuito, al margen de otras consideraciones de previsibilidad, previnibilidad o probabilismo, útiles a veces, pero periféricas y episódicas. Para ilustrar su postura, pone el ejemplo del guardagujas que se encuentra en compañía de su esposa y a ambos les gana profundamente el sueño causando una catástrofe en el ferrocarril; la infracción del deber fue la determinante de su responsabilidad, imposibilitando la presencia del caso fortuito, bien que, naturalísticamente, fuese fortuito el que se durmiese aquel hombre. Pues es claro que, con idéntica conducta objetiva y desarrollo natural de los sucesos, la esposa del guardagujas que dormía a su lado, se halló exenta de culpa, valiendo para ella y sólo para ella el suceso como caso fortuito puro, precisamente por ausencia del específico vínculo de deber. Ante esta ausencia, de poco o nada servirá el criterio del *poder*, puesto que para que la mujer pudiera haber evitado asimismo la catástrofe con haber velado y haber maniobrado la aguja, a ella no le incumbía el deber de obrar.

En México, Castellanos Tena señala, que “en el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama

surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia. Mientras en la culpa inconsciente no se prevé el resultado previsible, en el caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisible. Es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado delictivo, pero en aquella debe preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible.”¹³²

El Poder Judicial de la Federación ha establecido en diversas tesis aisladas, que ciertamente para que se hable de caso fortuito el resultado deberá ser imprevisible para el sujeto, lo que marca tajantemente la diferencia con la culpa; además de que el agente no halla actuado intencional e imprudentemente.

Rubro y texto: CASO FORTUITO Y CULPA, DIFERENCIA. El caso fortuito se caracteriza principalmente por la imprevisibilidad del resultado; mientras en la culpa no se prevé lo que es previsible, o se realiza la conducta aun previéndolo, en el caso fortuito no se prevé el resultado por ser imprevisible. Ahora bien, si no se demostró ningún actuar descuidado, imperito, negligente, imprudente del ahora quejoso y si, por otra parte no estaba en posibilidad de prever el resultado producido (y por tanto de evitarlo), su conducta no es culposa y por ende, tratándose del caso fortuito (artículo 15, fracción X), quedó excluido de responsabilidad.

Precedentes: Amparo directo 4849/61. Antonio Velásquez Muñoz. 2 de febrero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, LVI, Página: 15.

Haciendo nuevamente un esfuerzo de síntesis, se puede concluir que los elementos esenciales del caso fortuito son:

- a) Ausencia de intención e imprudencia (conducta voluntaria lícita);

¹³² Op. cit., p. 255.

- b) Imprevisibilidad del resultado;
- c) Falta de representación del resultado;
- d) Ausencia del deber de prever el resultado;
- e) Ausencia de nexo psicológico entre el sujeto y el resultado.

2.13. Concurrencia y compensación de culpas

Se ha dicho que la inoperancia de la compensación de culpas no equivale a negar la concurrencia de culpas en la producción de un resultado típico, dado que el concurso de conductas culposas, es de gran importancia para explicar la participación delictiva. El instituto de la compensación de culpas carece de sentido en el Derecho Penal, pues la culpa de la víctima o de un tercero, no excusa la culpa del autor, dado que la culpa ajena no tiene el efecto de borrar la propia ni tampoco produce la compensación de ella. La opinión generalizada rechaza la compensación de culpas, como una forma de excluir de responsabilidad penal del autor de una conducta típica culposa, por la acción imprudente de la víctima, esto únicamente deberá ser tomado en cuenta por el juzgador para imponer al responsable del delito, una pena menor por virtud de haber existido un descuido de la propia víctima.

“El problema del concurso de actividades culposas de varios sujetos que concurren, simultáneamente o sucesivamente, a la producción de un mismo evento lesivo, implica varias conductas racionalmente peligrosas y contrarias a derecho, que o habrían bastado cada una de ellas, por sí sola, para producir el evento, o serían todas, conjuntamente, necesarias para su realización, pero, en uno y otro caso, conductas eficientemente causales del evento, que frente a cada sujeto concretan la situación fáctica de su voluntad culpable. Planteada la cuestión de esta forma, es indiferente que uno los sujetos sea, con su conducta, causa mediata, y otro inmediata, del evento, o que ambos lo sean inmediatamente, lo único que tiene relevancia a estos efectos es que cada sujeto sea causa moral de su conducta peligrosa y que dicha conducta

peligrosa sea, a su vez, causa material eficiente del evento. El nexo de causalidad material podrá discurrir, sucesivamente, de conducta en conducta, hasta llegar al evento, o podrá surgir a la vez, simultáneamente, de todas las conductas, para incidir en el evento en un mismo tiempo.

En estos términos establecida la concurrencia, o concurso de culpas, si a la producción de un mismo evento lesivo concuerdan varias conductas imprudentes de varios sujetos, huelga decir que, en tanto pueda establecerse la existencia de un eficiente nexo de causalidad material entre cada imprudencia (cada una según su intensidad, temeraria o simple) y el resultado, cada sujeto responderá de su culpa, cual si la misma hubiera obrado aisladamente y con independencia de las demás. Todo queda reducido a la indagación del nexo causal, y si por causa eficiente ha de entenderse aquélla que, normalmente y según los cálculos de una anterior experiencia, haya de considerarse, por sí sola o en conjunción con otras, como bastante y suficiente para producir el evento, responderá penalmente por su culpa todo sujeto de conducta imprudente que sea causal respecto al resultado, pero no el sujeto de conducta imprudente que, respecto del resultado, aparezca tan sólo como mero auxiliador o favorecedor del mismo.¹³³ En estas condiciones, se pone de relieve que no es posible relevar de responsabilidad penal al autor de un delito culposo, por culpa de la víctima o de un tercero.

Sobre este mismo tópico Luzón Domingo¹³⁴ sostiene que distinto es el problema cuando a la producción del evento concurren las conductas culposas de varios sujetos, uno de los cuales es la propia víctima, pues como la responsabilidad penal sólo se exige si la conducta es penalmente antijurídica y la antijuridicidad penal requiere trascendencia social, que no se estima en ningún caso en los delitos culposos cuando la víctima es el propio sujeto activo de la conducta, ante la concurrencia de culpas, la de la víctima y la de otros sujetos, se ha pretendido, a manera de lo que ocurre en el campo civil, en que se establece una compensación liberatoria hasta el límite en que coinciden las

¹³³ LUZÓN DOMINGO, MANUEL, Derecho Penal del Tribunal Supremo (síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal), parte general, T. I, Barcelona, España, Ed. Hispano Europea, 1964, pp. 137-138.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 138-139.

recíprocas exigencias, establecer una compensación de culpas, que liberaría al autor de una conducta imprudente de su propio daño, a modo de compensación equitativa, ya que, al no responder penalmente la víctima, resultaría que sólo cargaría el peso de las consecuencias penales sobre uno de los causantes del evento lesivo.

Sin embargo, como ya hemos advertido, refiere el autor en cita, conviene poner de relieve que en las culpas lo que se trata de compensar son las responsabilidades penales, y que, aparte de que por parte de la víctima no existe responsabilidad penal, la naturaleza jurídica de ésta es de índole pública, pues no es el ofendido el facultado para exigirla ni a éste se debe, porque la responsabilidad penal se exige y ha de hacer efectiva por la sociedad, en cuanto es un medio imprescindible para lograr la reintegración de un orden encaminado al bien común y que ha sido perturbado, con lo que ya no cabe hablar de extinción liberatoria entre dos sujetos recíprocamente acreedores y deudores, porque no hay deudas recíprocas, no ya porque la víctima nada debe, sino porque el acreedor penal no es la víctima, sino el bien común, y éste ninguna parte ha tenido en la producción del evento lesivo.

Finalmente concluye que rechaza tajantemente toda posible compensación de culpas, y por ende sólo queda determinar si entre la conducta imprudente del sujeto que ha concurrido a la producción de un daño ajeno y éste, existe, o no, una relación de causalidad eficiente, porque, en el primer supuesto, será penalmente responsable, sin que quepa hablar de compensación de culpas, y, en el segundo, no lo será, pero no porque se compense su culpa con la de la víctima, sino porque entre su culpa y el resultado no existe nexo causal eficiente, y, si no es causa un daño delictivo, difícilmente podrá responder de un delito que no ha cometido, porque no ha causado el mal del mismo.

Al referirse a la compensación de culpas, Reyes Echandía¹³⁵ puntualiza que lo que ha de examinarse en tales casos es si mi descuido en la situación

¹³⁵ Cfr. Op. cit., p. 108.

concreta habría producido de todos modos el evento ilícito aunque el sujeto activo hubiese actuado sin culpa alguna; si la respuesta es afirmativa, mi acción es culposa; si es negativa, no lo será porque la magnitud del descuido proveniente de la víctima fue tal que el resultado antijurídico se habría producido aunque mi comportamiento hubiese sido social y jurídicamente intachable. No es que desconozcamos dice Reyes Echandía, que la acción culposa del actor pueda verse facilitada en sus resultados nocivos por la conducta igualmente descuidada del sujeto pasivo; lo que sostenemos es que en tales casos, no se compensen las dos culpas, sino que permanece incólume la de aquel; ahora bien, si el comportamiento descuidado de ambos ocasionó lesiones recíprocas, cada uno responderá de su propia acción culposa.

Asentado lo anterior, se puede concluir que no es dable que con la culpa del sujeto activo concurra la culpa del pasivo, con la finalidad de que la culpa de uno anule la culpa del otro. Como acertadamente se ha establecido, la figura de la compensación de culpas es aplicable en el Derecho civil, por tratarse de una relación jurídica entre particulares, sin embargo, no opera para el derecho penal en donde existe una relación de derecho público entre el Estado y los particulares; es decir, aquí el castigo del activo está reclamado por el interés público, y por lo tanto, la eventual culpa de la víctima deberá tomarla en cuenta el juzgador para los efectos de la graduación de la pena que se pretenda imponer al sujeto activo del delito, debiendo aplicar al responsable, una sanción menor de la que merecería si no hubiese existido descuido alguno de la víctima.

En México la compensación de culpas es rechazada tajantemente por el Poder Judicial de la Federación, tras sostener en diferentes tesis que si a la actitud negligente del procesado se unió otra concausa, ni aquélla compensa a ésta, ni la segunda produce la supresión de la primera, por lo que, para los efectos jurídico penales, está probada la responsabilidad penal del activo únicamente con la propia acción u omisión culposa del agente y no tomando en cuenta la culpa de terceras personas que pudieran haber intervenido en la relación causal. Al respecto se cita el siguiente criterio:

Rubro y texto: DELITOS IMPRUDENCIALES, NO EXISTE COMPENSACION DE CULPAS EN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). De la interpretación del artículo 91, del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se deduce que en la comisión de delitos imprudenciales no existe compensación de culpas; por tanto, si el Juez de la causa penal al individualizar la sanción aplicable al responsable de un delito imprudencial omite tomar en consideración la conducta culposa de otros sujetos que intervinieron en el ilícito no infringe la disposición legal mencionada, pues ésta prohíbe la compensación de culpas tratándose de delitos imprudenciales.

Precedentes: Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Agosto de 1996, Tesis: VI.2o.102 P, página: 657. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 281/96. José Yáñez Montaña. 3 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

2.14. Imprudencia temeraria

En este tipo de comportamiento es evidente que se han sobrepasado de manera desmedida los límites del riesgo permitido, haciendo el comportamiento del agente extremadamente peligroso; sobre este tópico Luzón Domingo,¹³⁶ refiere que la imprudencia tendrá el carácter de temeraria cuando se realice una acción u omisión en que voluntariamente se haya prescindido de manera elemental del buen juicio y la moderación necesarias y fundamentalmente imprescindibles para realizar el bien y evitar el mal, o, dicho más brevemente, cuando la conducta aparezca a la luz de la razón como muy peligrosa. La jurisprudencia española estima que hay imprudencia temeraria cuando se constituye un peligro constante que revela en su actuación negligencia inexcusable, vulgar y rudimentaria; o bien en los casos en que al actuar se omiten las más elementales precauciones; o si al realizar una conducta peligrosa voluntariamente se omiten los más elementales deberes de previsión y diligencia; o si se obra con descuido completo de las obligaciones exigibles en circunstancias de máximo peligro inmediato; o, con carácter más general, cuando el agente no adopta la precaución y cuidado que la más elemental prudencia exige, en razón de las condiciones del lugar y momento, a todo

¹³⁶ Cfr. Op. cit. pp. 125-126.

hombre de tipo normal, para evitar un mal previsible y evitable mediante una ordinaria diligencia; o, entre otros casos, cuando se verifican conductas que requieren un cierto adiestramiento o técnica, cuando se actúa con absoluta ausencia de pericia y precaución; o también, en desmenuzamiento exegético del precepto legal, cuando se realiza un acto con negligencia inexcusable, con omisión de las medidas precautorias que aconseja la más elemental previsión, originando como resultado, con relación de causa a efecto, un mal en las personas o daño en las cosas, que, de haber mediado malicia, constituiría un delito tipificado en la ley penal; e, igualmente, cuando, con referencia a actividades sociales, se origina o mantiene una situación de peligro, si se estaba en condiciones de conocer los graves riesgos y consecuencias que del mismo se podían derivar, cuando tal conocimiento está en el caudal del haber primario de cualquier sujeto elementalmente instruido; o si, en cualquier ocasión y circunstancias, se incurrió en una falta de previsión indisciplinable que causó un mal que pudo y debió evitarse adoptando las medidas de precaución que están al alcance de la inteligencia menos cultivada para prevenir un riesgo previsible y de las normas rudimentarias que debe observar un hombre prudente.

Congruente con lo anterior, Roxin¹³⁷ sostiene que está claro que la temeridad se trata de una imprudencia sustancialmente elevada; la jurisprudencia habrá de determinar cuando se ha considerado grave una imprudencia. Ello puede suceder cuando el sujeto por grave descuido, no advierte que realiza el tipo, pero también cuando el mismo, con una frívola falta de consideración, no tiene en cuenta la posibilidad claramente advertida de realización del tipo. Sucede también cuando el sujeto infringe un deber que se ha de tomar especialmente en serio.

Sustenta también que lo correcto es considerar la temeridad como un elemento atinente al injusto y a la culpabilidad; a este respecto dice el autor, hay que otorgar la mayor importancia al injusto típico; ello justifica el tratamiento de la temeridad en el tipo. Pues, cuando el legislador hace

¹³⁷ Véase a ROXIN, CLAUS, op. cit., pp. 1024 -1028.

dependen la pena de una imprudencia cualificada, se corresponde mejor con un Derecho Penal del hecho que atiende a la protección de bienes jurídicos referirse al aumento del injusto y no a la actitud interna del sujeto. En otras palabras: el predicado de la temeridad se ha de atribuir primariamente a una acción especialmente peligrosa y no a una actitud interna especialmente reprobable. Si el sujeto manifiesta una conducta altamente peligrosa, ello permite concluir una falta frívola de consideración (y por lo tanto una culpabilidad intensificada o agravada), cuando sus conocimientos y capacidades se corresponden con los de una *figura-baremo diferenciada*.

En este orden de ideas se puede concluir que la temeridad es la forma más extrema del comportamiento culposo en relación a sus elementos generadores, como son la imprudencia, negligencia, impericia, o incumplimiento de normas legales, sin soslayar que ese comportamiento temerario agrava más el juicio de desvalor de la acción, como el desvalor del resultado, lo que incide en un mayor y más severo juicio de reproche.

2.15. La omisión culposa

En términos generales se puede decir que la omisión propiamente dicha se deduce como la conducta pasiva del agente, como un no hacer algo indicado imperativamente por la ley. La omisión en este sentido, también es una acción, porque existe voluntariedad de la persona tendiente a no hacer lo que estaba obligado a hacer.

En este orden de ideas, mientras que en los delitos de acción existe un movimiento de la psique del sujeto para hacer o realizar algo en el mundo fáctico, en el delito de omisión también existe ese movimiento de la psique, pero en este caso para no realizar ese algo en el mundo exterior. Luego, desde esta perspectiva, se puede afirmar que en la omisión existe voluntariedad del sujeto.

Sobre la voluntariedad en la omisión culposa, Altavilla¹³⁸ refiere que la omisión es distinta de la simple inercia, puede ser también una forma de actividad voluntaria, que en vez de promover una acción, la inhibe, por lo tanto se habla de comportamientos omisivos voluntarios. Estos comportamientos omisivos voluntarios se refieren a la inactividad contraria al deber que imponía alguna acción. La voluntariedad de las omisiones requiere que parezca ante la consciencia un especial deber de conducta, y que haya sido descuidado, aunque sea por cálculo equivocado, lo cual implica que la ignorancia puede originar responsabilidad por impericia, pero no por negligencia. Más adelante sostiene que es una tortuosidad lógica el pretender hallar en la acción sustituida ese elemento voluntario que no se logra encontrar en la omisión, así la mujer que no vigila al niño que se le ha confiado, por estar bordando, ha querido la acción sustituida, y en esa voluntariedad se hallaría el elemento psíquico necesario para la integración del delito culposo. Sobre esto concluye que la voluntad que debe ser tomada en cuenta, no es la voluntad de bordar, sino la no actividad de vigilar al niño.

Otro de los aspectos que no deben soslayarse en la omisión culposa, consiste precisamente en lo expuesto por Carrara, quien como ya se vio más arriba, considera a la culpa como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Con esto se pone de relieve que en los delitos culposos, si bien existe una acción, coser el abdomen de un paciente después de una cirugía de intestino, sin haber sacado previamente una gasa o instrumental médico, siempre hay una omisión, como es el no haber cumplido con el deber de cuidado que le incumbía. En razón de lo anterior, la culpa se presenta cuando ha mediado una falta de previsión de un resultado típico que pudo y debió haberse previsto, o cuando, habiéndose representado el agente dicho resultado, se confió en que este no se produciría.

Congruente con lo anterior, Struensee, sostiene que “hasta hoy se habla de que la imprudencia contiene un elemento omisivo. Este elemento es tan resistente porque los presupuestos de la imprudencia son descritos, en su

¹³⁸ Cfr. Op. cit., pp. 59-61.

mayoría, negativamente. Actúa imprudentemente aquel que no observa el cuidado debido en el ámbito de relación. También la negación del dolo *actuar imprudentemente como no conocer o como falta de voluntad de realización*, conduce, mediante la compensación de este déficit a través de la reconocibilidad objetiva o subjetiva, o individual (previsibilidad, evitabilidad), a la cuestión de un aporte posible, pero no realizado, y por ello omitido. Junto a estas descripciones, que se refieren más bien a un *elemento omisivo psíquico*, y, por ello, al cuidado interno, aparece la caracterización del cuidado externo, mediante la carencia de precauciones de seguridad en determinadas actividades.”¹³⁹ Con esto se pone de relieve que en el comportamiento culposo siempre existe concatenada una omisión impregnada de voluntariedad.

Esta omisión a la que me he referido, de ninguna manera puede decirse que sea querida por el agente, pues en la omisión no puede hablarse de que ésta pueda ser querida por el activo, y mucho menos si se trata de una omisión culposa. En este sentido Mezger, con acierto ha señalado que “ha podido con exactitud afirmarse que al delito de omisión culposa, a pesar de ser en el mundo de los delitos el más pequeño entre los pequeños, corresponde aquí el más alto honor. Pues ello suministra la prueba de que al concepto de la omisión no pertenece, no sólo ningún hacer, sino tampoco querer alguno. Aunque es indudable que la omisión puede ser querida, no necesita conceptualmente serlo. El querer no pertenece a la esencia de la omisión.”¹⁴⁰

En los delitos culposos de omisión impropia, o comisión por omisión, también se encuentra una omisión del agente unida a su comportamiento culposo, pues dada su calidad de garante en la salvaguarda de algún bien jurídico, no evita la producción del resultado lesivo en virtud de la infracción al deber objetivo de cuidado que debía y podía haber evitado. En este sentido, la no evitación del resultado debe ser consecuencia de no haber observado el cuidado objetivamente debido y que ese resultado sea precisamente el que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

¹³⁹ Op. cit., pp. 41-42.

¹⁴⁰ Tratado de Derecho Penal, op. cit., p. 235.

De lo anterior se puede concluir, que en los delitos de omisión culposa, el activo lleva a cabo un no hacer indicado imperativamente por la ley; hay voluntariedad del sujeto, por ende se habla de una omisión voluntaria; la culpa contiene un elemento omisivo consistente en la violación de un deber objetivo de cuidado; la omisión del agente, es una omisión no querida, pues el querer no pertenece a la naturaleza de la omisión.

2.16. La tentativa en el delito culposo

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la tentativa, únicamente se llevara a cabo un esbozo general del tratamiento que se le ha dado a esta figura jurídica en tratándose del delito culposo, en donde el criterio generalizado ha sostenido que no es dable aceptar la tentativa en esta clase de delitos.

Para comprender con mayor claridad lo anterior, hay que recurrir a los presupuestos que la doctrina ha establecido sobre este tópico, en donde evidentemente se deben tomar en consideración las etapas del *iter criminis* o vía del delito, de donde resulta que el evento antijurídico se lleva a cabo en dos fases, en la fase interna del sujeto (elemento subjetivo), y en la fase externa, es decir exteriorizándose en forma de peligro o daño para los bienes jurídicos (elemento objetivo). En la fase interna, el activo concibe el evento antijurídico, es decir, se lo representa mentalmente; posteriormente delibera, es decir ordena sus ideas, lleva a cabo una ponderación entre lo bueno y lo malo; luego resuelve, es decir toma la decisión de violentar el orden jurídico con la finalidad de lesionar el bien jurídico. Hasta aquí se puede decir, que su pensamiento no es punible porque no delinque en el mundo fáctico.

En la fase externa el agente lleva a la practica sus ideas, pues surge la manifestación de estas mediante actos tendientes a preparar la ejecución del delito; también hay una preparación, pues se realizan actos directos a lograr la ejecución del hecho, y finalmente se da la ejecución propiamente dicha de esas ideas, dado que aquí se despliegan actos materiales tendientes a poner en peligro o dañar objetivamente el bien jurídicamente tutelado; es decir se

concretiza el principio de ejecución, y no el agotamiento pleno del tipo, pues recuérdese que se está estudiando el delito tentado.

En este orden de consideraciones se puede decir que no es posible la tentativa en el delito culposo, dado que por una parte se presenta el problema de que para poder hablar de la comisión de un delito culposo, necesario es que dicho comportamiento derive en un resultado material, lo cual no sucede en los delitos tentados; por otra parte, existe el problema de que en la tentativa, dado el *iter criminis* o vía del delito que se acaba de explicar, se requiere necesariamente de un elemento subjetivo en el agente, consistente en que es necesaria la intención proyectada a la consumación del delito, exteriorizada en el acto de ejecución, sin embargo por causa ajenas a su voluntad el resultado no se produce, o bien porque el sujeto desiste espontáneamente de su ejecución o impide la consumación del delito, lo cual de ninguna manera es admisible en el comportamiento culposo, pues en estos casos el sujeto no tiene la intención ni el propósito de provocar el resultado dañoso al bien jurídico, dado que éste se produce por la infracción a un deber objetivo de cuidado.

Congruente con lo anterior, Altavilla en su libro intitulado *la culpa*¹⁴¹ sostiene que la estructura del delito culposo requiere necesariamente de un resultado, pues al funcionar como condición objetiva, no permite suponer esa tentativa en los delitos culposos, y siguiendo a Carrara, refiere que le parecería a éste una *monstruosidad lógica*. Más adelante hace el comentario de que cuando estaba vigente su Código Penal, se hizo ver que todo delito consumado tenía por presupuesto necesario algún comienzo de ejecución, es decir, una tentativa que, en su posterior desarrollo, alcanza el aspecto completo de delito consumado; en este sentido dice que en el delito culposo puede haber un principio de ejecución sin que la consumación lo siga; pero sostiene, que éste razonamiento prescinde de un elemento característico de la tentativa, es decir, que la conducta del agente debe ir animada por la voluntad que se dirige a producir el resultado, lo mismo que en el delito consumado; en este sentido concluye, que en los delitos culposos la punibilidad está condicionada a la

¹⁴¹ Cfr. Op. cit., p. 146.

realización de un resultado, lo cual no es admisible en la tentativa, en razón de la propia naturaleza del delito culposo, además por el elemento subjetivo que en la tentativa se requiere.

En México, Pavón Vasconcelos también sostiene que “en la tentativa, acabada o inacabada, es necesaria una intención proyectada a la consumación del delito, exteriorizada en actos de ejecución; en consecuencia, si no se ejecutan los actos con la intención de causación del resultado o de la consumación del delito, no es posible la configuración de la tentativa.”¹⁴² En este sentido se puede decir, que en las acciones u omisiones culposas siempre existe la voluntariedad del agente, pero de ninguna manera la intención de producir el resultado, pues culpa es falta de previsión de lo previsible o habiéndose previsto hubo la confianza en que el resultado no se produciría, lo cual no es compatible con la tentativa.

Cabe puntualizar, siguiendo a García García, “que quienes consideran la posibilidad de configuración de tentativa culposa, confunden el peligro con la tentativa y se olvidan que la base de toda tentativa es que el sujeto tenga como imagen representativa querida el daño de un bien jurídicamente tutelado. Además ni siquiera habrá conducta finalista en el peligro generado a través de una conducta culposa, puesto que el agente no se habría propuesto voluntariamente tal efecto.”¹⁴³

En nuestro Derecho Penal no es posible aceptar la tentativa en el delito culposo, pues en primer lugar, del contenido del artículo 12 del Código Penal Federal se obtiene lo siguiente:

“Artículo 12. Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa, el juez, tomará en cuenta además de lo previsto en el

¹⁴² PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p. 198.

¹⁴³ GARCÍA GARCÍA, RODOLFO, Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible, México, Ed. Porrúa, 2001, p. 93.

artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismo delitos.”

Luego, de este numeral se observa con claridad que en la tentativa el activo realiza actos encaminados objetiva y subjetivamente a consumir el delito, despliega un comportamiento doloso para provocar el resultado, lo cual evidentemente no sucede en el delito culposo como ya se señaló.

Por otra parte, en el Código Penal Federal, en su artículo 60, párrafo segundo, que establece el llamado sistema de *numerus clausus* o sistema cerrado, no se encuentra contemplada la tentativa culposa para ser sancionada penalmente, por ende no es posible dicha forma de realización delictiva, tal y como se advierte a continuación:

“Artículo 60. (...)

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.”

En razón de lo anterior se puede concluir que el criterio mayormente aceptado entre los estudiosos del derecho penal, es que no es dable la tentativa en el delito culposo. Por su parte, en nuestro Derecho Penal tampoco se acepta esa forma de realización del delito.

2.17. Autoría y participación en el delito culposo

La problemática para delimitar los ámbitos de responsabilidad penal en un hecho culposo, ya sea a título de autor o de partícipe, han llevado en el campo teórico a establecer prácticamente una línea divisoria, entre los que no aceptan la participación delictiva en un hecho imprudente, y los que sí están de acuerdo con esa intervención accesorio en el hecho de otro.

Para comprender lo anterior, iniciare diciendo que en el artículo 13 del Código Penal Federal, se hayan comprendidas diferentes formas de intervención de los sujetos en la comisión de un delito, lo que evidentemente los hace penalmente responsables; sin embargo, no se encuentran contenidos en este numeral los criterios de la teoría diferenciadora, para de este modo poder estar en aptitud de diferenciar con claridad, quienes son autores y quienes partícipes, es decir no existe un señalamiento expreso de quién es autor y quién es partícipe, esto se logra únicamente con apoyo de la interpretación jurídica en el terreno doctrinal y jurisprudencial.

Lo que también se puede observar en nuestro Derecho Penal Federal es que rompe abiertamente con el concepto unitario de autor, el cual sostiene que no existe diferencia entre autores y partícipes, que todo participante en un hecho es autor del mismo, y en este sentido no se describen otras forma de autoría. Contrario a esta posición doctrinal, de la interpretación del citado artículo 13, sí se denota la diferencia entre autores y partícipes. Así, pienso que son autores, los que acuerden o preparen su realización (autor intelectual); los que lo realicen por sí (autor material directo); los que lo realicen conjuntamente (coautoría); y los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro (autor mediato o autoría del hombre de atrás). Serán partícipes, los que determinen dolosamente a otro a cometerlo (instigador o inductor); los que dolosamente presten ayuda a auxiliien a otro para su comisión (cómplice); los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor); y los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se puede precisar el resultado que cada quien produjo (responsabilidad correspectiva o autoría indeterminada).

Siguiendo a González-Salas Campos, es importante precisar que la problemática para distinguir quién es autor y quién es partícipe, es que "hay que atender al rol que cada uno realiza. Cada rol es distinto, el autor es

principal, y el partícipe *accesorio*; el autor realiza la conducta típica y el partícipe presta ayuda a que se realice la conducta típica.”¹⁴⁴

En efecto, será autor en el delito imprudente, la persona cuya conducta concrete el tipo objetivo por virtud de la violación de un deber objetivo de cuidado. En este sentido, no es autor en el delito imprudente quien efectúa cualquier aporte, sino el determinante, en el sentido del control de la acción para que el resultado se produzca. Así, para tener por acreditada la responsabilidad penal en los delitos culposos, se exige una causalidad de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo.¹⁴⁵ A lo anterior podemos agregar, que en lugar de examinar la causalidad natural es preciso encontrar la relevancia normativa. Lo que importa realmente es si la contribución ha excedido realmente el riesgo permitido y si el resultado se ha producido en razón de ese incremento del riesgo, por ende no será suficiente cualquier contribución material para concretizar el tipo objetivo.

Sobre este tópico, Terragni sostiene que “hace varios años Exner había subrayado que no es suficiente comprobar una relación causal entre la acción y el resultado sino que éste se hubiese evitado accionando cuidadosamente. La doctrina de nuestros días dirá que en los casos de una actuación plural, no se puede cargar a una persona (cuya acción se mantiene dentro del ámbito del riesgo permitido) el resultado que derive de la imprudencia de otra, si es que ésta a su vez obra en la órbita de su propia competencia. Es una cuestión de

¹⁴⁴ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL, El tipo de autor y el tipo de participación, Revista Criminalia, Año LXV, No. 3, septiembre-diciembre, México 1999, p. 149.

¹⁴⁵ Este criterio ha sido sostenido, como ya se cito en el capítulo uno de la presente tesis doctoral, por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.7º.P.7 P, Novena Época, Tomo XV, junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible a página 643, bajo el rubro: “CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO.”

roles, que se define también teniendo en cuenta el ámbito de protección de la norma; cuando el tercero obra en el espacio de lo que sólo a él le incumbe, aparece la prohibición de regreso. Para la determinación de la autoría de los delitos imprudentes relacionados con la actividad médica desarrollada por varias personas sobre un mismo paciente se deben tener presentes los criterios de la imputación objetiva y los aportes provenientes del principio de división del trabajo y de confianza. No obstante que haya intervenido un tercero, el médico será autor (o coautor, según el caso) del delito imprudente si le ha sido posible dominar el proceso que llevó al resultado infausto.”¹⁴⁶

Establecidos los criterios que anteceden y de los cuales se pone de relieve que el problema de la responsabilidad penal debe ser resuelto a la luz de criterios de índole normativo, y no de una mera relación de causa efecto, es importante hacerse el siguiente cuestionamiento, ¿es dable la participación criminal en el delito culposo?

Entre los que sostienen la tesis afirmativa, exponen diferentes ejemplos para ilustrar su posición dogmática, sin embargo únicamente haré referencia a uno de sus máximos exponentes, como lo es Jakobs,¹⁴⁷ quien sostiene que bien cierto es que el Derecho Penal Alemán únicamente delimita las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, pero esto dice, constituye un error de carácter psicologizante, no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo. Para ilustrar lo anterior pone el ejemplo de dos trabajadores que lanzan por la ventana de un edificio una tabla, y producen a causa de esto lesiones a un transeúnte; sobre esto dice, claramente los intervinientes no pensaron en un eventual resultado de lesiones, aunque sí había acuerdo sobre la necesidad de lanzar un objeto por una ventana que previamente había que abrir; pero incluso, dice Jakobs, puede faltar la coordinación consciente respecto de estos comportamientos privados de su conexión con el resultado; sobre este tópico

¹⁴⁶ TERRAGNI, MARCO ANTONIO, El delito culposo en la praxis médica, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 209-210.

¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva en Derecho Penal, Trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ed. Ángel Editor, 2001, pp. 67-69.

pone otro ejemplo en el que se expone, que sí es posible que varias personas que contribuyen a realizar una obra que comporta un riesgo no permitido no estén de ninguna manera conscientes de estar haciendo algo en común, y no obstante ambos sujetos son penalmente responsables por imprudencia, uno a título de autor y otro a título de partícipe. Sobre esto expone el caso de un cazador que cuelga su escopeta cargada en el perchero de un mesón sin preocuparse de nada más; otro cliente se percata del hecho y aprovecha la oportunidad para probar el arma; pero en el momento de hacerse con ella, asíéndolo torpemente, se produce un disparo que lesiona a alguien. Aquí sostiene Jakobs, que si el suceso hubiese sido previsto y acordado en su totalidad por ambos sujetos, probablemente nadie dudaría de que se trata de una lesión producida en común; sin embargo Jakobs sostiene, que el porqué de la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido; además, los intervinientes responden por ser competentes por el resultado lesivo, sea porque han llevado a cabo el comportamiento que entraña un riesgo no permitido, sea porque concurre un comportamiento en fase de preparación que constituye la razón para imputarles el comportamiento ejecutivo. En este sentido concluye Jakobs, qué hubiesen adoptado un acuerdo o que falte todo tipo de acuerdo afecta a lo que de común hay desde el punto de vista psíquico, pero esto no interesa desde el punto de vista jurídico. Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado. Esta competencia objetiva también convierte el comportamiento ejecutivo en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa.

Los que sostienen la tesis negativa de la participación en un delito culposo, y a la cual nos adherimos abiertamente, argumentan de manera total que lo preponderante para que surta esta forma de intervención en el delito y por ende la responsabilidad penal, es la existencia de una relación psicológica entre los que participan en el delito, es decir que hayan querido el resultado típico, situación que evidentemente no sucede en el delito culposo dado que el

resultado dañoso no es querido por el agente, lo que pone de relieve la imposibilidad jurídica de la participación criminal en el hecho culposo de otro.

Aguilar López, sostiene que “en rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es imprescindible, además, para hablar con propiedad de codeinencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente.”¹⁴⁸ En este orden de ideas, es claro, que para que exista participación en un delito culposo, necesario es que exista un querer común consciente entre autor y partícipe, lo cual no es dable en esta forma de realización del delito, dado que en esta clase de ilícitos, no es posible ser cómplice de un hecho que no se ha querido ni previsto.

En este sentido se puede decir, que “la participación sólo es punible en su forma dolosa, es decir, el partícipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.”¹⁴⁹

Para Jescheck,¹⁵⁰ no existe diferencia entre autoría y participación en la imprudencia inconsciente, así como tampoco en la consciente; en el primer caso refiere que a todos los intervinientes les falta por igual la previsión del resultado típico y, en consecuencia, no puede hablarse de un dominio del suceso respecto a ninguno de ellos. En relación a la culpa consciente, dice que aquí los intervinientes se representan la realización del tipo como secuela posible de su hacer, sin embargo la ley únicamente conmina con pena la participación dolosa.

¹⁴⁸ AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ANGEL, El delito y la responsabilidad penal, teoría, jurisprudencia y práctica, México, Ed. Porrúa, p. 279.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISO, op. cit., p. 159.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 596.

Se contrapone a esta posición, la sostenida por Gómez González, quien refiere que si es posible la participación en el delito culposo, pues dice, “si aceptamos que el núcleo de la responsabilidad penal por imprudencia esta configurado por la infracción de la norma de cuidado, y la previsibilidad objetivo-subjetiva de la producción de un resultado lesivo, podemos establecer una delimitación entre autoría y participación en los delitos imprudentes, pues si otorgamos relevancia sólo a la conducta que infringe el deber objetivo de cuidado mediante un comportamiento que realice el tipo, la de los autores y no la de aquellos que infringiendo el objetivo de cuidado contribuyan causalmente a su realización, la de los partícipes, que hasta ahora quedan impunes (o en algunos casos se les considera autores), podría empezarse a vislumbrarse un concepto restrictivo de autor, pues no sólo es posible la infracción del deber de cuidado a título de autor, sino que el partícipe puede contribuir, ya sea induciendo o favoreciendo, a quebrantar ese deber objetivo de cuidado.”¹⁵¹

Este criterio consideró que no es dable, ya que si bien es cierto, tanto inductor como inducido, han intervenido en el evento delictivo infringiendo un deber de cuidado, y con esto se quebranta la parte objetiva del tipo, lo cierto es que la inducción únicamente se actualiza en relación a la infracción al deber de cuidado, pero nada más, pues en todo caso la contribución del partícipe dará lugar a una culpa pero por su propia acción, siendo entonces responsable a título de autor pero no de partícipe, por ende “no hay instigación de hechos culposos como piensa algún sector de la doctrina.”¹⁵²

De lo anterior se puede concluir, que en nuestro Derecho Penal mexicano, en tratándose del delito culposo, puede haber uno o varios autores, pero no es posible la aplicación de las reglas de la participación en esta clase de delitos, dado que si dos o más personas han causado de manera independiente por imprudencia un mismo resultado dañoso se habrá dado un caso de autoría simultánea. Para los supuestos de actividad en grupo, en los que concurren deberes comunes y no divididos, se dará una relación de

¹⁵¹ GÓMEZ GONZÁLEZ, ORLANDO T., Participación criminal, análisis doctrinal, México, Ed. Angel Editor, 2001, p. 111.

¹⁵² AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ANGEL, op. cit., p. 282.

coautoría, en virtud de que el resultado aparecerá como producto de la obra común. En este caso habrá acuerdo, no respecto del resultado, pero sí para la realización conjunta de una conducta culposa.

Además el elemento psicológico en la participación criminal es determinante, pues es claro que para que exista participación, es necesario que exista un querer común consciente entre autor y partícipe, lo cual no sucede en esta forma de realización del delito, pues en el delito culposos, no es posible ser cómplice de un hecho que no se ha querido ni previsto.

CAPÍTULO 3

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, INSTITUCIONES QUE LA FUNDAMENTAN Y ESTRUCTURA DOGMÁTICA

3.1 Evolución de la imputación objetiva

Antes de analizar el contenido de la teoría de la imputación objetiva, he considerado necesario hacer un esbozo general de sus antecedentes, sin que por ello se pretenda realizar un análisis exhaustivo de esta evolución, únicamente se pondrán de relieve las aportaciones que han tenido un carácter decisivo en su construcción.

En esta línea del pensamiento es importante decir que la teoría de la imputación objetiva ha sido concebida como un problema de la causalidad, en donde se pretende delimitar la responsabilidad penal para estar en aptitud de determinar cuando un determinado resultado puede ser atribuido a un sujeto como producto de su propia obra.

No se soslaya que en el plano doctrinal, se ha reconocido por los defensores de esta teoría que su lugar sistemático se haya en el tipo objetivo, lo que pone de relieve su coincidencia con la corriente finalista representada fundamentalmente por Welzel, lo que implica, hacer un breve recorrido en la evolución del tipo.

La senda por el dogma causal inicia con la concepción de la tipicidad en el sistema clásico del delito, representado por von Liszt y Beling en donde existía una dicotomía entre lo objetivo y lo subjetivo; la tipicidad y la antijuridicidad constituyen la parte objetiva del delito, hacen referencia a lo que es apreciado a través de los sentidos como mutación al mundo externo; lo subjetivo está reflejado a nivel de la culpabilidad, como la relación psicológica del autor con su hecho; en esta concepción hay una ausencia de aspectos valorativos. Al entender esta sistemática que la mayoría de los movimientos corporales son voluntarios, la tipicidad de un comportamiento dependerá de que afirmemos o no la relación de causalidad entre la conducta y el resultado;

con ello el problema causal se convierte en el punto central de la teoría del tipo, en donde cobra vital importancia la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones.

Ante el panorama antes descrito se puede afirmar que para el pensamiento causalista o causalismo naturalista sus características fundamentales son la objetividad y la neutralidad valorativa.

Como reacción a esta concepción, surge la llamada corriente neoclásica del delito o causalismo valorativo que se caracteriza por adoptar un método eminentemente valorativo, y por lo que hace a la tipicidad, el tipo deja de ser concebido como pura objetividad y neutralidad valorativa, se entiende ahora como el conjunto de elementos de los que se desprende el carácter de injusto del comportamiento, es decir como tipificación de la antijuridicidad, deja de ser un solo indicio de la antijuridicidad para convertirse en ratio essendi.

En la concepción finalista, al haber existido una reubicación sistemática del dolo y la culpa, éstos son extraídos de la culpabilidad para ser trasladados a la tipicidad, hablándose ahora, de que tanto el dolo y la culpa son objeto de valoración y la culpabilidad valoración del objeto, estableciéndose también el llamado tipo objetivo y tipo subjetivo, en donde el dolo y la culpa pertenecen a éste sustrato.

En la actualidad, la cuestión de la que se ocupa la moderna teoría de la imputación objetiva, es precisamente la de determinar lo que puede ser considerado como obra de un autor, para distinguir los hechos jurídicamente relevantes que constituyen el objeto de la imputación frente a la mera causalidad, esto es, excluir resultados que no pertenezcan a la acción, como es precisamente la realización de resultados causales.

Rueda Martín, señala que “para alcanzar este objetivo de deslindar los hechos fortuitos de los hechos imputables, los defensores de la teoría de la imputación objetiva proponen la utilización de una serie de criterios normativos y mediante los cuales pretende, además, la atribución de un determinado

sentido social típico. En efecto, para captar el sentido social típico de una acción, los defensores de la teoría de la imputación objetiva han formulado un conjunto de criterios normativos que se deben añadir al trío de elementos presupuestos por la ley en los delitos de resultado (acción, nexo causal y resultado), de tal modo que en los delitos de acción y resultado si bien se exige siempre una condición necesaria para fundamentar la responsabilidad penal la existencia de una relación de causalidad entre acción y resultado, se estima que dicha relación de causalidad no es condición suficiente. Es preciso que la relación de causalidad sea jurídico-penalmente relevante, lo que se determina mediante la aplicación de diversos criterios normativos de restricción de la imputación objetiva del resultado. Los defensores de la teoría de la imputación objetiva describen el nexo objetivo entre acción y resultado, definido por los aludidos criterios normativos de imputación mediante la siguiente fórmula general: un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en el resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.”¹

Congruente con lo anterior, Cancio Meliá sostiene que “con ayuda de esta teoría se pretenden resolver muchos supuestos que desde antiguo presentan dificultades para su tratamiento jurídico penal. Ello sucede en dos planos. Por un lado, se trata de calificar la conducta como prohibida. Así, por ejemplo, se dice que ha de excluirse la imputación del daño –y la responsabilidad del sujeto actuante- cuando la lesión deriva de una actividad abarcada por un “riesgo permitido”: si un peatón resulta atropellado por un vehículo cuyo conductor se comporta respetando las reglas de la circulación, no se tratará siquiera de una conducta típica. Por otro lado, cuando sí existe una conducta típica, puede que el resultado producido no lo sea, por no existir una conexión suficiente entre la conducta y éste. En tal caso, tratándose de una conducta dolosa, podrá producirse una condena por tentativa, pero no por el delito consumado. Así, por ejemplo, cuando un sujeto acuchilla a otro, pero la muerte se produce por un incendio en el hospital en el que es atendida la

¹ Op. cit., pp. 53-54.

víctima...La aplicación de la doctrina de la imputación objetiva ha supuesto, en este sentido, un recorte del ámbito de responsabilidad jurídico-penal.”²

Como se puede observar, considero que una de las grandes aportaciones de la teoría de la imputación objetiva ha sido el poder diferenciar entre los hechos jurídicamente relevantes y los sucesos o fenómenos meramente causales al introducir a su sistemática criterios normativos que complementan el dogma causal, es decir la llamada relación de causalidad; entre dichos criterios normativos se encuentran entre otros, la creación y realización de riesgos jurídicamente desaprobados y el fin de protección de la norma. Estos criterios han sido introducidos con la finalidad de brindar mayor certeza jurídica al momento de resolver el problema de la responsabilidad penal de los enjuiciables.

A continuación se pasan a describir de manera sintetizada los antecedentes que se han considerado más importantes para entender las diferentes posturas hoy defendidas en torno a la imputación objetiva, bien como una cuestión relativa a la imputación del resultado o como desarrollo de la teoría del tipo, en donde cobran vital importancia las aportaciones de Larenz y Honig, así como la contribución hecha por Welzel con su teoría de la adecuación social, la cual aunque perezca extraño ciertamente ha servido de fundamento dogmático para la construcción de la actual teoría de la imputación objetiva y esencialmente para conocer cuál es el verdadero sentido de la denominación *imputación objetiva*.

3.1. 1. Teoría de la imputación de Karl Larenz

Para Larenz la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito, de modo que cuando alguien es presentado como el autor de un hecho se quiere decir que es su hecho propio, que no es obra de la casualidad sino de su propia voluntad, por ello concluye que la imputación al hecho es la relación de un suceso con la voluntad.

² CANCIO MELÍA, MANUEL, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, México, Ed. Ángel Editor, 2001, pp. 17-18.

“Este autor atribuye al concepto de imputación objetiva la función de separar entre hecho propio y accidente, denominando imputación objetiva al juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio, juicio éste independiente del que decide sobre la existencia o no del nexo causal. Pero ¿qué circunstancias nos permiten contemplar un acontecimiento como obra del sujeto y, en base a ello, imputárselo? La relación causal no puede cumplir por sí sola esta misión, puesto que si se entiende por causa el “conjunto de condiciones”, lo cual es imprescindible desde un punto de vista lógico, deberá aceptarse la imposibilidad de destacar una única condición como causa...e imputar a esta (condición) el resultado como propio. Para contestar a la cuestión planteada Larenz apela a la voluntad, característica del hombre como ser racional, gracias a la cual éste es capaz de dirigir, en cierta medida, el curso causal hacia la consecución de determinados fines. La voluntad nos aportará, pues, la clave para diferenciar entre hecho propio del sujeto y accidente causado por éste. Imputación objetiva es referencia del hecho a la voluntad. La posibilidad de determinar planificadamente los acontecimientos se fundamenta, por una parte, en la capacidad del sujeto de prever, de reconocer el efecto de determinadas causas: en el momento del conocer, de la previsión y, por otra parte, en la facultad gracias a dicho conocimiento, de intervenir en el suceso imprimiéndole la dirección deseada: en el momento de la causalidad de la voluntad. De estas consideraciones se deriva que son imputables al autor todas las consecuencias de su comportamiento por él previstas, pero también las que pudo prever, pues la posibilidad de prever fundamenta la de dirigir el curso causal hacia la evitación del resultado.”³

Con la construcción dogmática de Larenz se resuelve el problema para imputar al agente el resultado derivado de un comportamiento a título de culpa conciente, no así en la culpa inconciente.

“La voluntad se realiza en el hecho, mediante la capacidad de fijarse propósitos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo, la

³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, op. cit., pp. 20-21.

voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos. El hecho se presenta como una totalidad teleológica, esto es, como una relación de causa y efectos que es transformada por obra de la voluntad al dirigirla hacia una finalidad. La imputación como un juicio sobre el hecho no es por consiguiente un juicio causal sino teleológico. El concepto de finalidad no debe interpretarse sin embargo como algo subjetivo, sino en un sentido objetivo, esto es, no solo se imputa lo que era querido y sabido sino que también debe imputarse lo que era conocido y por tanto podía ser abarcado por la voluntad, lo que aparecía como un objeto posible de la voluntad. Tampoco este juicio de posibilidad es un juicio causal, ya que lo que aquí se cuestiona no es la posibilidad de un determinado proceso causal, sino su dirigibilidad (dominabilidad) por obra de la voluntad. En consecuencia, el hecho es la realización de la voluntad y la imputación el juicio que relaciona este hecho con la voluntad.”⁴

“Larenz afirma que a diferencia del concepto de acción propuesto por Hegel, la acción –y, consecuentemente, la imputación- no debe ser entendida en sentido subjetivo, sino objetivo. En este sentido Larenz pretende superar y completar el concepto de acción desarrollado por Hegel al sostener que el concepto de imputación por él propuesto es objetivo: no sólo abarca la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad (es decir, traducido a categorías dogmáticas, los hechos imprudentes) Larenz, por tanto, interpreta el concepto de acción original de Hegel –que pretende completar- como limitado a los delitos dolosos.”⁵

Sobre el delito imprudente, Rueda Martín⁶ sostiene que Larenz intenta superar y completar las deficiencias del sistema hegeliano referentes a los problemas que surgían en torno al reconocimiento de la imputación de sucesos producidos mediante imprudencia, propone la utilización de un criterio que explica que el resultado podía considerarse también querido en la

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y LARRAURI, ELENA, La imputación objetiva, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1998, pp. 67-68.

⁵ CANCIO MELÍA, MANUEL, op. cit., p. 27.

⁶ Véase op. cit., pp. 83-84.

imprudencia: “la imputación” afirma, no es un juicio causal sino uno teleológico. Sólo se puede concebir aquí el concepto de finalidad no subjetivamente sino objetivamente, de modo que hay que imputar lo que podría ser comprendido conscientemente y por la voluntad, lo que era posible como objeto de la voluntad, agrega que un juicio tal de posibilidad no es ningún juicio causal, sino que es un juicio teleológico, puesto que no se sitúa en la pregunta como tal la posibilidad de un curso causal determinado, sino la posibilidad de su dominio a través de la voluntad. El hecho es la autorrealización de la voluntad y la imputación es el juicio que relaciona el hecho con la voluntad. Refiere que para imputar al sujeto un hecho imprudente es necesario realizar un juicio normativo porque en la imputación objetiva la previsión del resultado no depende de la posibilidad de previsión de un autor determinado sino de un hombre prudente colocado en la situación del autor; es decir, si era previsible que el comportamiento causase un determinado resultado, éste será imputable al autor en virtud de la posibilidad de preverlo y con ello de evitarlo.

“La causalidad de la voluntad llega hasta donde alcanza la posibilidad de prever y dominar; esta posibilidad delimita la frontera de la imputación de los propios hechos respecto de los sucesos accidentales. Este juicio sobre el hecho no es el juicio sobre una relación causal sino sobre una relación teleológica que reconduce el acontecimiento a la voluntad. Sin embargo la llamaremos imputación objetiva, por que esta posibilidad de prever no se mide de acuerdo con las capacidades y conocimientos del autor concreto, sino de acuerdo con un criterio general, objetivo, del hombre inteligente-prudente.”⁷
“Las características individuales del autor sólo serán tenidas en cuenta al llegar a la culpabilidad. Con esto último evita Larenz la confusión entre imputación al hecho e imputación a la culpabilidad de la que adolecía la teoría de la acción de los hegelianos.”⁸

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN-LARRAURI, ELENA, op. cit., p. 70.

⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, op. cit., p. 21.

Como síntesis del pensamiento de Larenz, se puntualiza lo siguiente:

a) La imputación objetiva tiene como función distinguir los acontecimientos accidentales, del hecho propio del sujeto.

b) La voluntad es el elemento toral para diferenciar entre el hecho propio del sujeto y el accidente causado por este. Lo distintivo del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto.

c) Son imputables al sujeto las consecuencias de su comportamiento por el previstas y que pudo prever y evitar.

d) Se entiende por hecho la acción y las consecuencias de la acción en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad, por ende el hecho es la realización de la voluntad.

e) El juicio de imputación es un juicio teleológico que busca atribuir el hecho a la voluntad del sujeto. La finalidad se interpreta como algo objetivo, no subjetivo.

f) Esta relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible y evitable por el sujeto.

g) La causalidad de la voluntad llega hasta donde alcanza la posibilidad de prever y dominar, esta frontera delimita la imputación de los hechos propios de los sucesos accidentales.

Es importante señalar que una de las aportaciones más significativas de la teoría de la imputación objetiva de Larenz radica fundamentalmente en que se separa de la imputación de Hegel, de la cual parte, pues éste solo reconocía la imputación de sucesos causados dolosamente, no de los producidos culposamente, pues en estos Larenz sostiene que sí es posible hacer un juicio de imputación para atribuir el hecho a la voluntad del sujeto, dado que esta

relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible y evitable por el sujeto.

Sin embargo, una de las críticas que se le pueden hacer al pensamiento de Larenz radica fundamentalmente en que con éste, no se resuelve el problema de la culpa inconsciente, pues en esta clase de culpa el sujeto ni siquiera prevé el resultado, y mucho menor tiene un control del acontecer causal para poder evitar el resultado dañoso.

3.1. 2. Teoría de la imputación de Richard M. Honig

Martínez Escamilla sostiene que “una superación definitiva del dogma causal se busca actualmente, o incluso podríamos darla por conseguida, mediante la moderna teoría de la imputación objetiva. Según ésta, para que un resultado pueda serle atribuido a un sujeto es necesario, ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. Sin embargo, a diferencia del finalismo o de la teoría de la imputación de Larenz, esta exigencia no se deriva ya de la constatación de verdades ontológicas o de determinadas posiciones filosóficas, sino de consideraciones teleológico-normativas: del fin del cual se atribuye al Derecho penal y a las normas penales. El sistema del cual se deriva esta concepción es, pues, un sistema funcional o también denominado teleológico-racional.”⁹

Como antecedente inmediato de esta concepción normativa de la imputación objetiva suele citarse a Richard Honig. “Este autor...retoma el problema de decidir qué nexos causales son relevantes para el Derecho penal y cuáles indiferentes, no tratándose ya de la comprobación de una relación causal, sino de la valoración de una previamente constatada. A la hora de buscar las pautas de dicha valoración renuncia Honig expresamente a planteamientos filosóficos, como aquellos en los que sustentaba Larenz su

⁹ Op. cit., pp. 30-31.

teoría de la imputación, acudiendo a consideraciones puramente normativas: el derecho sólo puede dirigirse a la voluntad en tanto fundamento espiritual del comportamiento. El Derecho es ordenamiento de la vida en común en tanto es capaz de determinar el comportamiento humano. Los mandatos y prohibiciones sólo pueden exigir con sentido aquella conducta que al hombre le es posible observar. Por consiguiente, los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones la evitación de un resultado no deseado, en tanto le sea posible su producción o evitación a la persona que está en la situación que el legislador presupone, es decir, de un resultado que esa persona pudiera prever y, por ello, también producir o evitar. La relación que debe existir entre acción y resultado ha de manifestar la esencia del comportamiento humano como exteriorización de voluntad, por ser esta, a la que se dirige el Derecho. Así deduce Honig que imputable es...aquel resultado que puede ser concebido como dispuesto finalmente.”¹⁰ Aquí se ponen de relieve los criterios normativos en que se sustenta la teoría de Honig.

“En los procesos que conducen a un resultado no se trata de comprobar la causalidad, sino de valorar esta relación de causalidad. El problema de la causalidad está ya decidido cuando se constata que la acción fue una condición necesaria para que el resultado se produjese. Pero con la constatación de esta relación fáctica aún no se ha dicho si esta relación es significativa para el derecho o si es suficiente. Esta es precisamente la tarea de la imputación objetiva: contestar a la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, de acuerdo con criterios señalados desde el propio ordenamiento jurídico.”¹¹ Por ello se sostiene que la causalidad debe atender a criterios normativos y no de mera causa y efecto.

En opinión de Honig, “el resultado producido fortuitamente porque está ausente la posibilidad de control real por el hombre, no puede ser objetivamente imputado ya que falta la finalidad objetiva, por todo lo cual el juicio de la imputación objetiva es un juicio posterior independiente que se

¹⁰ Ibidem, pp. 34-35.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y LARRAURI, ELENA, op. cit., p. 72.

añade al juicio causal. Honig complementa expresamente la categoría naturalística de la causalidad mediante la categoría normativa de la imputación objetiva, de modo que para que exista responsabilidad penal no basta sólo con la existencia de una relación de causalidad, sino que, además, se precisa la imputación objetiva del resultado, que según este autor se decide en función de la cuestión axiológica del significado de la relación causal para el ordenamiento jurídico.”¹²

Para Reyes Alvarado la propuesta de Honig “parte del supuesto de que el derecho exige algunas conductas que pueden ser esperadas de los hombres, pero agrega que solo se pueden esperar aquellas conductas que sean posibles, con lo cual hace una diferenciación entre los conceptos de poder y deber, para concluir que a quien no evitó un resultado pudiendo haberlo hecho le es imputable dicha afectación, pero solamente habrá desplegado una conducta antijurídica cuando además hubiera tenido el deber de evitar el resultado.”¹³ Este deber de evitación deviene de la competencia del autor, por ende de su rol.

La clave de la relación del autor con el resultado “no estriba en la previsibilidad, sino en la dirigibilidad del curso causal, por lo que sólo adquieren significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado, cuando éste pueda ser pensado finalmente en virtud de su evitabilidad.”¹⁴ Ello permite extraer la conclusión de que “sólo tienen significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado cuando este pueda ser pensado finalmente en virtud de su alcanzabilidad o evitabilidad. La antijuridicidad y reprochabilidad del mismo solo pueden considerarse cuando existe la posibilidad de evitar el resultado prohibido o de realizar el resultado pedido.”¹⁵

Consecuentemente los fundamentos de la teoría de Honig se resumen en lo siguiente:

¹² RUEDA MARTÍN, MARÍA ANGELES, op. cit., pp. 84-85.

¹³ Op. cit., p. 114.

¹⁴ MEDINA PEÑALOZA, SERGIO J., op. cit., pp. 231-232.

¹⁵ BUSTOS, JUAN y LARRAURI, ELENA, op. cit., p. 74.

a) La imputación objetiva distingue los nexos causales relevantes de los no relevantes para el Derecho penal acudiendo a criterios de valoración puramente normativos. Tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada.

b) El Derecho va dirigido a la voluntad humana, esta relación de causalidad es significativa para el derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana.

c) Los mandatos y prohibiciones emanados del Derecho solo pueden exigir al hombre aquello que le es posible prever y evitar. Solo es imputable el resultado cuando el sujeto podía y debía evitarlo.

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

e) El juicio de imputación es independiente y posterior, que se añade al juicio causal. Para que exista responsabilidad penal no basta con la relación causal, es necesaria la imputación objetiva del resultado.

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

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

Como conclusión se puede decir que para la imputación objetiva propuesta por Honig, resulta insuficiente hacer un juicio de imputación, únicamente con la relación de causalidad, ésta solo tiene relevancia penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana, y añade entonces un juicio

eminentemente valorativo que se encuentra contenido en la propia norma emitida por el legislador, por ello se sostiene que para que exista responsabilidad penal no basta con la relación causal, necesario es el juicio de imputación objetiva del resultado. Sólo con la finalidad objetiva asociada a la causalidad está dado el fundamento para la significación jurídica de la conducta humana.

3.1.3. La teoría de la adecuación social de Welzel

Ciertamente la teoría de la adecuación social ha sido considerada como uno de los más importantes antecedentes en la evolución de la moderna teoría de la imputación objetiva, a tal grado que se identifica en mucho con la llamada teoría del riesgo permitido desarrollada posteriormente por Roxin y de la cual por supuesto se hablara más adelante; en tal virtud he considerado conveniente exponer algunas de las aportaciones hechas por Welzel en la formulación de su teoría de la adecuación social, en la que a juicio de éste tienen vital importancia los tipos penales; al respecto Welzel¹⁶ señala que en la función de los tipos de presentar la *muestra* de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal, indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social.

Esto dice Welzel, repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal era demasiado estrecha en cuanto se quería ver la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos. Así, según un antiguo ejemplo de esta doctrina, señala Welzel refiriéndose al sistema del causalismo naturalista, el acto de engendrar debería ser una acción típica de matar, si la criatura engendrada se convierte después en un asesino. Ahora bien, el acto de engendrar, como tal, en cuanto no

¹⁶ Cfr. El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, op. cit., pp. 53-56.

suponga una infracción del orden de las relaciones sexuales por las circunstancias de su realización (por ejemplo, como violación o incesto) es socialmente adecuado, es decir, queda completamente dentro del orden social, histórico, *normal*, de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico. Será incluso, socialmente adecuado y no constituirá una acción típica de homicidio, aunque se realice con una mujer tuberculosa con la intención de producir su muerte mediante una agravación de su enfermedad como consecuencia del embarazo. Asimismo, la participación en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo es una conducta socialmente adecuada, de modo que, por ejemplo, un sobrino no realiza una acción típica de homicidio si anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza (fundada) de que muera ante en un accidente.

Más adelante señala que las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. Para ilustrar lo anterior, expone el siguiente ejemplo: el servir bebidas alcohólicas es una conducta socialmente adecuada "usual", a pesar de los peligros que el consumo de alcohol implica para la capacidad de movimientos de los clientes en el tráfico motorizado. Si el camarero tuviera que responder penalmente de las posibles consecuencias del consumo excesivo de alcohol se convertiría, en la mayor parte de los casos, en virtud del deber de garante, en una especie de tutor o guardián de sus clientes. Por ello, la conducta de servir bebidas alcohólicas queda excluida de los tipos de los delitos de lesiones aun cuando como consecuencia de ella, se produzca la lesión de un bien jurídico. Sólo cuando la embriaguez del cliente ha alcanzado, sin duda, un grado tal que no puede actuar ya de un modo responsable, el servir bebidas alcohólicas adquiere relevancia para las precauciones de seguridad que el camarero debe adoptar para la protección de la colectividad y del cliente.

En este orden de ideas, sostiene Welzel que la adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito "normal" de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por

ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos según su tenor literal.

Luego, lo que hay que saber, es que se entiende por una acción socialmente adecuada desde la óptica del pensamiento de Welzel, sobre éste punto Rueda Martín, señala que “la acción tiene que ser entendida como un fenómeno con significación social, como acción en el marco de la vida social. Entonces se excluyen del concepto de lo injusto todas las acciones que se llevan a cabo funcionalmente dentro de un orden dado socialmente en la vida en comunidad de un pueblo. A tales acciones se les puede denominar “socialmente adecuadas”. Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades, en las cuales se realiza la vida en comunidad según un orden condicionado socialmente.”¹⁷

Para Cancio Melía¹⁸ la tesis central que Welzel mantiene bajo esta denominación consiste en afirmar que quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido. Welzel propone llamar (sintéticamente) a estas acciones *socialmente adecuadas*; la adecuación social es el *significado social* de un comportamiento de no estar prohibido; por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto penal; este, según Welzel, sólo comienza una vez traspasada la frontera de la adecuación social.

Al desarrollar el concepto que nos ocupa, dice Melía que Welzel parte de dos consideraciones de carácter fundamental: Por un lado, su argumentación se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción *naturalista-causal* de la acción y del bien jurídico. En opinión de Welzel, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho Penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente era más que *una pequeña*

¹⁷ Op. cit., p. 235.

¹⁸ Cfr. CANCIO MELÍA, MANUEL, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios No. 2, 1998, pp. 15-18.

cuestión puntual, se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito. El problema causal ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho Penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva. La teoría de la lesión del bien jurídico, emparentada con el dogma causal, según la cual el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones, de modo que es sólo el delito el que hace sufrir lesiones al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, dice Melía, constituye una interpretación errónea de la realidad social del Derecho, en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que desempeñan una función. Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el mundo del Derecho es un mundo del sentido del significado; y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho Penal en la sociedad, que refiere los elementos del tipo al conjunto de la sociedad.

Más adelante Melía refiere que los tipos penales son, según Welzel, tipificaciones de comportamientos antijurídicos; por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena. Por lo tanto, la referencia a la sociedad que Welzel persigue y que la adecuación social posibilita, se produce en el marco de la teoría del delito en el nivel del tipo.

De la bibliografía consultada se pone de relieve que a nivel doctrinal se coincide en que la llamada teoría de la adecuación social desarrollada por el padre del finalismo fue modificada en varias ocasiones, sin embargo, ésta siempre fue concebida como un parámetro que servía para saber cuando una

determinada conducta podía ser considerada como delito, o bien, cuándo, según ciertos supuestos de hecho, no lo era, ya por considerarse atípica la conducta o porque ésta no obstante ser típica, no era antijurídica tras el amparo de una causa de justificación. En esta línea del pensamiento, Martínez Escamilla, comenta que “Welzel entiende la tipicidad como ratio essendi de la antijuridicidad pero concibe el tipo como el conjunto de elementos de los cuales se desprende el carácter injusto del comportamiento; el tipo es, por tanto, tipo de injusto. Dado que un comportamiento socialmente adecuado es aquel que se mueve dentro del orden ético-social de la comunidad, orden que constituye el punto de referencia del Derecho, no puede realizar un injusto penal, no puede considerarse prohibido, aunque conlleve la lesión de un bien jurídico. Al representar la tipicidad la reunión de todos los elementos del injusto penal, la adecuación social será consecuentemente una causa de exclusión de aquélla. Posteriormente, Welzel, abandona su concepción primitiva adoptando una estructura tripartita del delito, en la cual la tipicidad es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad y entendiendo que el ordenamiento jurídico se compone de normas (mandatos y prohibiciones) y de principios permisivos, los cuales no necesitan estar expresamente fijados, sino que pueden extraerse del orden imperante. A este cambio le acompaña un viraje de su teoría de la adecuación social, entendiéndola ahora como una causa de justificación. Los comportamientos socialmente adecuados son típicos pero están cubiertos por una causa de justificación.”¹⁹

Se puede concluir que la teoría de la adecuación social parte de la idea de que los tipos penales indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social, en estas condiciones, esta teoría trata de dar respuesta a la cuestión de fundamentar porqué existen acciones aparentemente típicas, en cuanto reúnen todos los requisitos legales, y sin embargo, no lo son, para ello, Welzel utiliza criterios normativos para delimitar los hechos jurídicamente relevantes de los que no lo son.

¹⁹ Op. cit., pp.146-147.

Para lograr lo anterior, primeramente rompe con la doctrina del causalismo naturalista en donde no había límites para determinar la responsabilidad penal, dado que todos los que intervenían en una relación causal, prácticamente eran responsables de todo; sin embargo, con la teoría de la adecuación social se delimita la responsabilidad tras establecer su concepto de acción socialmente adecuada, entendiéndose por ésta, aquella que se mantiene dentro de los límites de la libertad de acción social; por ende al introducir Welzel a su teoría el concepto de acción socialmente adecuada, se trata de delimitar perfectamente las conductas de relevancia penal, de las que no lo son, sin soslayar que dicho parámetro normativo es útil para determinar cuándo una conducta es típica, y cuando, no lo es; será típica, cuando se trate de una conducta socialmente inadecuada al orden social por virtud de haber traspasado los límites de la adecuación social, es decir, por estar penalmente prohibida; será atípica, cuando se trate de una conducta considerada socialmente adecuada, que no traspase la frontera de los límites de libertad de acción social, es decir de la adecuación social y que por ello no este prohibida.

No se soslaya, que Welzel con posterioridad consideró a la adecuación social como causa que excluye la antijuridicidad por una causa de justificación, considerando típicos los comportamientos socialmente adecuados.

3.1.4. Funcionalismo sistemático normativo de Günther Jakobs

Jakobs se ubica dentro de la corriente del funcionalismo sociológico, pues utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Este autor, define las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan al orden del mantenimiento de la respectiva estructura social.

Para la teoría del funcionalismo sistemático-normativo, “la concepción de la norma penal, presupuesto de toda la teoría del delito, no tiene ya un significado lógico-valorativo primario, sino que ésta viene contemplada como un hecho social más. Y así, cada uno de los elementos de la teoría jurídica del delito hará referencia funcional a dicha norma, de manera tal que los distintos

componentes fundamentales serán interpretados según sea el momento de menoscabo de la función de la regla jurídica.

La norma jurídica refleja el criterio rector del ordenamiento social que establece y diversifica los distintos roles a favor del funcionamiento del sistema social. Es así como Jakobs afirma que la conducta criminal presupone una forma de interpretación del mundo. Eso sí, esa forma de conformación del mundo es imputada a través del prisma jurídico-penal al agente, en tanto que se exteriorice una expresión de ruptura de un orden vigente...De ahí que la expresión de sentido jurídico-penal relevante de una acción antijurídica no se encontrará ya en la puesta en conocimiento por parte del autor de su particular forma de interpretación del mundo, sino en la inseparable toma de posición de la vigencia de la norma. La tesis más importante de Jakobs, es en el sentido de que el Derecho penal ya no persigue la mera protección de bienes jurídicos, sino que centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma; pues el fin de la pena es el mantenimiento en la confianza en el Derecho.²⁰ Por esto se ha sostenido que la postura de Jakobs es eminentemente normativa.

Jakobs sostiene que “el Derecho penal confirma la identidad social; el delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.”²¹

²⁰ DAZA GÓMEZ, CARLOS, El funcionalismo hoy, Ed. Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, México, T. XLIX, septiembre-diciembre, núms. 227-228, 1999, pp. 104 – 105.

²¹ JAKOBS, GÜNTHER, Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Trad. Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 13, 1996, p. 11.

“Existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indispensables. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra.”²²

Sobre el concepto de acción Jakobs refiere que este concepto “no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que Welzel intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal.”²³ El concepto de acción entonces adquiere un carácter social-normativo y no causal u ontológico, es decir prejurídico.

Roxin puntualiza que Jakobs “vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido prejurídico para el Derecho penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales. Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría consiste en que para él, en concordancia con su teoría de la pena la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la *adscribe* conforme al criterio de lo

²² Ibidem, pp. 14-15.

²³ JAKOBS, GÜNTHER, El concepto jurídico penal de acción, Trad. Manuel Cancio Melía, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 11, 1996, pp. 8-9.

que es necesario para el *ejercitamiento de la fidelidad al Derecho*, sin tomar en consideración las capacidades del autor.”²⁴

Como conclusión se puede establecer que entre las repercusiones del funcionalismo sistemático-normativo de Jakobs, se encuentran las siguientes:

Se orienta la culpabilidad a los fines de la prevención, más concretamente, a los fines de la pena; se proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general positiva, entendiéndose por tal, el fin mismo de la pena; el núcleo del delito no es la lesión de bienes jurídicos, sino la norma; la acción es un concepto sociológico más que psicológico; asimismo la pena tiene por función estabilizar la defraudación de una expectativa normativa; la norma, más que ser un imperativo, es un símbolo para la expectativa de vigencia de la norma, poco importa para esta postura la lesión del bien jurídico porque pasa a primer término la desobediencia al Estado, la contradicción de la norma.

3.1.5. Funcionalismo teleológico racional de Claus Roxin

Roxin²⁵ establece que aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema *racional-final (o teleológico) o funcional* del Derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las formalidades del Derecho penal.

Sobre esa base, dice Roxin, se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la

²⁴ Op. cit., pp. 204-205.

²⁵ Cfr. ROXIN, CLAUS, op. cit., pp. 203-204.

época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva.

Más adelante sostiene que la primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo, que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo, para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo; pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido.

Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida, refiere, lo constituye la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para numerosas cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena aquí desarrollada, en la que asimismo la culpabilidad y la

necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes, de la pena.

“En 1970, Roxin anuncia el programa de una reconciliación de “la Política Criminal y el sistema del Derecho Penal”, partiendo de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a un sistema fructífero, a saber, orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político-criminales. Ello implica, a su juicio, la necesidad de llevar a término la unidad sistemática de Derecho Penal y Política Criminal también en el seno de la teoría del delito. Así pues, de lo anterior deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de su función político-criminal. En esta línea, asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio del *nullum crimen*; a la antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas.”²⁶

De lo anterior, se pone de relieve que las tradicionales categorías de la estructura del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde la óptica de su función político-criminal. Sobre el particular y al explicar cada una de las categorías o niveles analíticos del delito, Roxin²⁷ establece en una de sus principales obras, publicada bajo el título *Política criminal y sistema de Derecho penal*, el 13 de mayo de 1970, que la función político-criminal del tipo consiste en la plasmación del principio de legalidad. Según Roxin existen dos métodos fundamentalmente distintos de los que se sirve el legislador alternativamente para tipificar conductas. El primero consiste en la descripción lo más precisa posible de acciones, constituyendo los llamados delitos de acción. Del segundo método se sirve el legislador allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien

²⁶ ROMÁN QUIROZ, VERÓNICA, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 224.

²⁷ Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª. Ed., Argentina, Ed. Hammurabi, 2000, pp. 11-22.

infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña. A este último grupo le llama Roxin “delitos consistentes en la infracción de un deber” y su esencia consiste en que, a la hora de determinar el presupuesto de hecho de la norma penal, el legislador se refiere a deberes que se crean entre los participantes en el ámbito extrapenal.

Entre las consecuencias que extrae Roxin de esta categoría de delitos consistentes en la infracción de un deber, se tiene, que por una parte, la equiparación entre acción y omisión es aquí absoluta, pues en estos delitos lo que interesa es la infracción de un deber, siendo indiferente el que esta infracción se lleve a cabo por acción u omisión. Otra consecuencia importante extrae en el ámbito de la autoría; mientras que en los delitos de acción sólo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho.

En relación a la función político-criminal de la antijuridicidad considera que es la solución social de conflictos. Para ello se sirve el legislador de un número limitado de principios ordenadores. Estos principios son, por ejemplo, en la legítima defensa el del autoprotección, el de prevalencia del Derecho y el de proporcionalidad.

En la última de las categorías se encuentra la culpabilidad, ésta viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Lo que importa aquí, dice Roxin, no es determinar si el sujeto pudo actuar de una manera distinta a como realmente lo hizo, sino si desde el punto de vista de los fines de la pena debe imponerse una pena al autor de un acto injusto.

La idea de Roxin consiste en que hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas. Esto no significa dice Roxin, un abandono o relativización del pensamiento sistemático, sino un acercamiento de éste a la realidad, destacando las relaciones internas entre norma, contenido y valor,

que, hasta ahora, no habían sido suficientemente puestas de relieve por la dogmática tradicional.

En México Daza Gómez sustenta que “entre las peculiaridades del funcionalismo teleológico-racional, encontramos: la inclinación de la política criminal a los fines del Derecho penal; la inserción del dolo en el tipo, aunque no precisamente por razones ontológicas como en el finalismo, sino debido al principio de determinabilidad del Estado de Derecho, admitiéndose a la vez la doble posición del dolo; la tipicidad queda directamente relacionada con el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*; la antijuridicidad se concibe como la solución social de conflictos; pues ésta es la función que corresponde a las causas de justificación; la argumentación del injusto penal se alcanza mediante el disvalor de la acción y el disvalor del resultado; la culpabilidad por su parte, es incomprendible sin los fines preventivos del Derecho penal. Entre otras cosas que caracterizan al funcionalismo teleológico-racional, queda decir que el dominio del hecho es el único criterio aprobado para decidir en los casos de autoría y participación; se logra una renormativización de la acción y la omisión, de manera que lo que de verdad trasciende entre la actividad y la inactividad de una conducta es, sin duda, el quebrantamiento del deber, y no precisamente, el hacer u omitir de la acción.”²⁸

Por lo anterior, se puede afirmar que a Roxin se le debe atribuir el mérito científico de haber abierto el camino para darle una nueva visión al Derecho penal, tras garantizar la construcción de un sistema penal abierto en el que las estructuras jurídicas del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) dejan de regirse por el pensamiento del positivismo jurídico, permitiendo vincular al Derecho penal los requerimientos imprescindibles de la política criminal, sin soslayar que en relación a la teoría de la imputación objetiva al tipo, Roxin ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.

²⁸ Op. cit., pp. 101-102.

En relación a la culpabilidad, ésta se sustituye por la categoría de responsabilidad que viene acuñada por la teoría de los fines de la pena; esta orientación hecha por Roxin del nivel sistemático de la culpabilidad a la necesidad preventiva de pena lleva a consecuencias de especial trascendencia, porque, según ella, la exclusión de la culpabilidad no debe vincularse, como se hacía en la concepción tradicional, a la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo general o preventivo especial de la pena.

3.2. ¿Qué es la imputación objetiva?

En primer lugar es importante decir que el instituto jurídico-penal que estudiamos bajo la denominación de imputación, puede ser entendido de varias formas. El Diccionario de la Real Académica de la Lengua Española presenta una definición lingüística del vocablo imputar y que consiste en “atribuir a otro una culpa, delito o acción”.²⁹

Dehesa Dávila, en su obra Etimología Jurídica, refiere que la palabra imputación, tiene la siguiente raíz etimológica: “imputación, del verbo latino *imputo - imputas - imputare – imputavi – imputatum*, incluir, anotar en la cuenta, atribuir, imputar, asignar; el sufijo – ción, acción o resultado de un proceso. El hecho de imputar una cosa a alguien con el propósito de reproche.”³⁰

“Desde un punto de vista semántico, imputar consiste en atribuir algo a un sujeto. Para ejemplificarlo se ha dicho que la imputación es el juicio por el que alguien es considerado como causa libera de una acción; nosotros atribuimos algo a alguien, como un predicado a cada sujeto. Le atribuimos o le imputamos cuando es considerado como algo perteneciente a su persona, por ejemplo una idea al genio. Imputamos...cuando (ese algo) es presentado como procedente de su voluntad. De lo anterior se puede deducir:

²⁹ Véase vocablo “imputar” en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, Ed. Espasa, 1992.

³⁰ Op. cit., p. 262.

1) en primer lugar, que la imputación como juicio presupone, por un lado, un sujeto destinatario de la imputación, que es la persona; y, por otro lado, un objeto imputado, que es el resultado o el suceso.

2) en segundo lugar, el sujeto que recibe lo imputado y el objeto imputado tiene una existencia independiente.

3) en tercer lugar, la imputación tiene como fin atribuir algo a un sujeto, en concreto atribuirle la pertenencia de un resultado/suceso a una persona.

4) en cuarto lugar, un juicio de carácter atributivo que persiga ese fin no puede realizar valoraciones, porque se limita simplemente a determinar una relación de pertenencia entre un objeto destinatario de la imputación y un objeto imputado...Sin embargo, modernamente hay una tendencia doctrinal mayoritaria que incluye dentro del concepto de la imputación juicios de carácter valorativo.”³¹

En sentido general por imputación objetiva, analizable a nivel del tipo de acción, se entiende como la pertenencia de un hecho descrito en el tipo a su autor in abstracto, y en general; mientras se hablará de imputación personal, cuando su autor individual, sobre la base de su capacidad para una motivación de sus decisiones de modo conforme a la norma, se halle en condiciones concretas de omitir la acción peligrosa prohibida, lo que se analiza en el nivel de la culpabilidad.

Martínez Escamilla,³² refiere que existen tres esquemas diferentes que explican el contenido de la expresión imputación objetiva, las cuales se reducen a lo siguiente:

1.- Limitación de la expresión “imputación objetiva” a la realización del riesgo en el resultado. Esta postura esta sustentada por Frisch, para quien será objeto de la teoría de la imputación objetiva el nexo que ha de existir entre un

³¹ RUEDA MARTÍN, MARÍA DE LOS ÁNGELES, op. cit., pp. 64-65.

³² Cfr. Op. cit., pp. 41-47.

comportamiento previamente calificado de típico y el resultado para poder considerar realizado el tipo objetivo en cuestión, se limitará pues, a la realización del peligro en el menoscabo, es decir, al denominado “nexo de riesgo” y a la relación de causalidad.

2.- Imputación objetiva como conjunto de presupuestos normativos de la tipicidad no exigidos expresamente por la ley. Esta posición es defendida por Gimbernat, para quien el contenido de la teoría de la imputación objetiva está constituido por aquellos requisitos normativos de la tipicidad no expresamente mencionados por la ley. Imputación objetiva no es la acción, ni la causalidad, ni el resultado típico, porque todos estos elementos vienen expresamente descritos en las leyes penales, no es tampoco, el tipo doloso, el dolo, ni en su caso, los elementos subjetivos del injusto, ni el tipo imprudente, la infracción del cuidado debido, pues dolo e imprudencia son también presupuestos expresamente mencionados por la ley, deduciéndose los verdaderos elementos de la imputación objetiva del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas.

3.- La creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado como objeto de la teoría de la imputación objetiva. Esta posición es la más amplia, es adoptada por Roxin, utiliza la expresión imputación objetiva para englobar, tanto el problema de la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado y el fin de protección de la norma.

Congruente con lo anterior, es importante decir que una de las más importantes aportaciones a la dogmática jurídico-penal para poder explicar qué es la imputación objetiva, se encuentra en Gimbernat Ordeig³³, quien superando las posiciones doctrinales del causalismo y del finalismo, para quienes el juicio de imputación se constreñía a la simple relación de causalidad entre acción y resultado, éste autor afirma que lo que hace la imputación objetiva es reunir una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad,

³³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp. 209-216.

que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla, desde la causalidad hacia la acción, sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no ocurre también, lo que se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben formularle, la imputación objetiva.

En esta línea del pensamiento Gimbernat establece que la imputación objetiva es, pues y positivamente, un elemento normativo del tipo. Y, negativamente, un elemento del tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que éstos son mencionados expresamente por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo).

Es claro observar que para Medina Peñaloza, al construir su concepto de imputación objetiva trata de unificar las tres posiciones señaladas con anterioridad, tras elaborar un concepto que reúne las ideas de Frisch, Gimbernat y Roxin, de donde resulta lo siguiente: “la imputación objetiva es un elemento normativo del tipo que consiste en la relación del acontecimiento penalmente relevante (y por ende, de los resultados) con la voluntad libre del sujeto, que más allá de un mero juicio causal, trasciende a un juicio teleológico, fincado en criterios abiertos de imputación, como la creación del riesgo permitido o el peligro desaprobado. De esta manera, lo decisivo no es la constatación de una mera relación causal, sino una relación especial entre acción y resultado, donde no se trata tanto de comprobar la causalidad, sino de valorar esa relación de causalidad.”³⁴

³⁴ Op. cit., p. 224.

Reyes Alvarado³⁵ en una abierta adhesión al pensamiento de Jakobs, sostiene que por imputación objetiva deberá entenderse aquella que no tiene relación tan solo con la atribución de resultados, ni la que alude tan solo a la relación existente entre una acción natural y su resultado, ni a una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta refiere el autor, no debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cual él haya originado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya concretado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo, entendido éste último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas.

De lo antes expuesto se puede observar, que lo que se entiende por imputación objetiva depende fundamentalmente de su contenido dogmático, lo que en consecuencia determina la posición doctrinal que se quiera defender, esta es precisamente una de las más severas críticas que se le han formulado a la teoría de la imputación objetiva, la cual se ha dicho se encuentra hoy por hoy, en constante construcción y reafirmación de sus postulados teóricos; sin embargo, lo que si es un hecho, es que ha venido a revolucionar la concepción ontológica y naturalistas que habían sido defendidas hasta antes de la década de los sesentas fundamentalmente en Alemania, de donde resultó que gracias a las grandes aportaciones teóricas presentadas por Roxin y Jakobs se han cambiado los contenidos del concepto de imputación objetiva, al introducirse una normativización del concepto y además criterios político criminales concatenados a la dogmática jurídico penal, observándose que el criterio mayormente aceptado es el sostenido por Claus Roxin, quien utiliza la expresión imputación objetiva para englobar, tanto el problema de la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado y el fin de protección de la norma.

3.3. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin

³⁵ Cfr. op. cit., pp. 74-75.

Si algo he observado en la revisión de la bibliografía consultada, es el hecho innegable de que la obra de Roxin no surge de la nada, sino que parte de presupuestos teóricos ya existentes, tanto del sistema causalista como del finalista, va más allá de considerar a la relación de causalidad como una simple relación entre la conducta y el resultado, característica ésta de la dogmática antigua, la cual partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumplía el tipo objetivo, y en casos en que parecía inadecuado sancionar esa conducta se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo, tal es el clásico ejemplo de que alguien al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo. Sí esto sucedía era evidente que existía una relación de causalidad entre la acción del sujeto que envió a otro al bosque y el resultado muerte a consecuencia de la caída de un rayo, por lo tanto se concretizaba el tipo objetivo, si por el contrario, no se quería sancionar esa conducta, según Welzel debía negarse el dolo.

Ante el cuadro protagónico antes descrito, tratando de perfeccionar y superar los criterios de imputación ya existentes, Roxin establece que la primera tarea de la imputación objetiva es indicar las circunstancias que hacen de una causación una conducta típica; para estar en aptitud de lograr este objetivo se deben tener en cuenta dos principios fundamentales:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así por ejemplo: A dispara dolosamente con el fin de matar a B, quien solo sufre unas lesiones leves; al ser trasladado al hospital, muere a consecuencia de un incendio que allí se desata. El disparo de A ha sido la causa, ciertamente, de un peligro no permitido, pero en el incendio del hospital no se concreta el peligro que parte de una lesión leve producida por un disparo. Por esta razón, el resultado (muerte) no se le puede imputar al autor. El sujeto respondería únicamente por un delito de tentativa de homicidio.

b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero excepcionalmente, puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Ejemplo: A incita a B a que se haga una escala al Himalaya, en la que éste, tal como A había previsto, sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho (alemán) es impune la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a una mera autopuesta en peligro.

Establecidos los presupuestos anteriores como premisa mayor, se pasan a desarrollar algunos de los postulados que fundamentan la imputación objetiva de Roxin.

3.3.1. Creación de riesgos

Si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo, es lógico afirmar, siguiendo el pensamiento de Roxin, que la negación del tipo objetivo surte cuando los riesgos no son jurídicamente relevantes y en esas condiciones se excluye la imputación en tratándose de los supuestos que a continuación se desarrollan.

3.3.1.1. La exclusión de la imputación en caso de disminución de riesgos

“Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.”³⁶

³⁶ ROXIN, CLAUS, Derecho Penal, parte general, op. cit., p. 365.

“Si a través de su actuar el autor produce una reducción del riesgo de que se realice un resultado; una atenuación del resultado antijurídico que amenaza, basado en los cursos causales iniciados o en un retardo en la realización del resultado, entonces el resultado ejecutado no le es objetivamente imputable.”³⁷

Existen diferentes ejemplos dados por la doctrina que ilustran la exclusión de la imputación por la disminución de riesgos, entre los que se citan los siguientes:

A desvía el golpe mortal propinado por B, en tal forma que él en vez de darle en la cabeza sólo le pega al hombro de la víctima.

El médico salva a un lesionado en un accidente y con esto, como él lo sabe, sólo consigue que éste muera algún tiempo más tarde, de cáncer.

El médico, para salvar la vida de un paciente, amputa alguno de sus órganos con el fin de evitar la extensión de la enfermedad.

Durante el transcurso de una operación el cirujano extiende la intervención a situaciones que no estaban inicialmente programadas, con lo cual ocasiona una lesión al paciente para evitarle daños futuros de mayor entidad.

De los ejemplos expuestos, se ha sostenido por lo seguidores de Roxin que “en estos casos no existe ninguna duda respecto a la causalidad de la conducta para la realización del resultado en su forma concreta. No obstante debe negarse una imputación objetiva del resultado causado, porque el sentido y finalidad de las normas penales de prohibición no puede ser absoluto el que prohíban acciones que reduzcan el riesgo de realización del resultado, atenúan lesiones de los bienes jurídicos protegidos o demoran su realización en el tiempo. Por lo tanto falta aquí la conducta típica.”³⁸

³⁷ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, op. cit., pp. 32-33.

³⁸ Ibidem, p. 33.

Para que se pueda hablar de que la disminución del riesgo excluye la tipicidad de la conducta, no es suficiente con reducir el peligro para un bien jurídico, es necesario además, según López Díaz, que se reúnan los siguientes requisitos:

“1. Debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto. En consecuencia, la disminución del riesgo que se presenta en caso de colisión de bienes jurídicos no excluye la tipicidad de la conducta, sino su antijuridicidad, porque estos fenómenos deben resolverse con base en las normas que rigen las causales de justificación. Así, por ejemplo, quien daña los bienes de otro para evitarle la muerte.

2. Que exista una misma relación de riesgo. Por consiguiente, podrá afirmarse que la imputación del resultado, cuando quien realiza la acción de salvamento introduce una nueva relación de riesgo para reducir el peligro contra un determinado bien jurídico. Por ejemplo, la persona que para salvar la vida de alguien que se encuentra atrapado por el fuego, lo lanza por la ventana y le produce una lesión corporal.

3. Que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro. Como se expresó anteriormente, no es suficiente el requisito cuantitativo de la disminución de un peligro; es necesario, además, determinar si el sujeto tenía o no la obligación de eliminar integralmente el riesgo creado, y podía hacerlo. Por consiguiente, el simple hecho de que un médico disminuya el peligro para un bien jurídico del paciente es un dato en si mismo inocuo para la imputación, porque si estaba obligado (y podía hacerlo) a dejar indemne la salud, todo daño debe serle atribuido. Así, por ejemplo, al cirujano que salva la vida de alguien, pero le ocasiona la pérdida de un miembro; daño que se produce por una infracción a la ley artis.”³⁹

³⁹ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No. 5, 1996, pp. 68-69.

En conclusión, puede afirmarse que para que surta la hipótesis de exclusión de la imputación por disminución de riesgos, es preciso que exista un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión al bien protegido. Consecuentemente, en estos supuestos no se puede considerar como típica la conducta dado que normativamente no estamos ante un hecho que el legislador quisiera sancionar con la figura típica de lesiones u homicidio.

3.3.1.2. Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

“Hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta, pero también cualquier otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, 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.”⁴⁰ Consecuentemente, se trata de acontecimientos inocuos para el Derecho Penal.

“El peligro de lesión de bienes jurídicos que representan determinadas conductas desde una perspectiva ex ante sirve como criterio para excluir conductas que, pese a ser las causantes de resultados, no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión. En el supuesto clásico de quien envía a otro por leños durante una tormenta para que muera fulminado por un rayo, lo cual acaece en la realidad, queda excluida la imputación del resultado muerte a la conducta de mandar a otro por leños y lo es porque, desde una perspectiva ex ante, dicha conducta

⁴⁰ ROXIN. CLAUS, Derecho Penal, parte general..., p. 366.

no aparece como peligrosa para el bien jurídico vida. Y a la misma conclusión se llega en el supuesto del sobrino que regala al tío rico un billete de avión con la esperanza de que muera por la explosión de una bomba durante el vuelo, lo cual ocurre efectivamente, pues en dicho supuesto la conducta de regalar un billete de avión no aparece ex ante como peligrosa para el bien jurídico tutelado. Es más, dichas conductas se pueden considerar como normales en la vida y jurídico-penalmente irrelevantes.”⁴¹ Las conductas que antes de producirse el resultado no representan ningún peligro de lesión del bien jurídico, no concretizan el tipo objetivo.

“Las conductas que, si bien llegan a significar un peligro relevante para un bien jurídico, son consideradas socialmente adecuadas...en este caso, ex ante, el sujeto crea un peligro; no obstante, el resultado producido no le es atribuible, porque se trata de riesgos aceptados socialmente; si no media una prohibición legal expresa, son legitimados por la sociedad en virtud de que forman parte del acontecer diario, y viven conjuntamente con el hombre. Por ejemplo el expendio de bebidas alcohólicas; si el propietario de una taberna, dentro de la actividad normal del establecimiento, vende licor a una persona que atropella a un tercero como consecuencia de su embriaguez, este hecho no le es imputable al vendedor como lesiones culposas, porque el riesgo creado por él (vender bebidas) es socialmente adecuado. Debido a que se trata de un riesgo normal de la vida cotidiana, legitimado históricamente, la conducta del vendedor no es típica”⁴² Las conductas socialmente adecuadas en nada inciden para que se formule el juicio de imputación.

En conclusión, para que surta el supuesto de la exclusión de la imputación por falta de creación de un peligro jurídicamente relevante, deben tomarse en cuenta tres aspectos:

a) Todas aquellas conductas que valoradas ex ante, es decir, antes del momento de su realización y no cuando el resultado se ha producido, no

⁴¹ DÍAZ ARANDA, ENRIQUE y CANCIO MELIÁ, MANUEL, La imputación normativa del resultado a la conducta, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, 2004, pp. 68-69.

⁴² LÓPEZ DIAZ, CLAUDIA, op. cit., pp. 70-71.

representan para el Derecho penal ningún peligro relevante para un bien jurídico determinado. Es decir, para que pueda hablarse de tipicidad, debe tratarse de aquella conducta, que desde una perspectiva ex ante se presenta como riesgosa para un bien jurídico, como potencialmente lesiva para el bien jurídico, en caso contrario, se actualiza evidentemente la exclusión de la imputación por la falta de creación de un peligro jurídicamente relevante.

b) Las conductas que, si bien llegan a significar un peligro relevante para un bien jurídico y que son socialmente adecuadas en nada configuran una conducta típica, porque los miembros del conglomerado social así lo convinieron.

c) Las conductas que no incrementan en forma mensurable un peligro ya existente tampoco son aptas para imputar el resultado al agente.

3.3.1.3. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

En el presente apartado se trata de resolver la pregunta referente a si en el juicio acerca de la creación de un riesgo se pueden considerar cursos causales hipotéticos; si estos deben ser tomados en cuenta en el juicio sobre la creación o aumento de un riesgo. Es decir, si tiene valor la afirmación de que, en caso de que alguien no hubiere ocasionado el resultado, posteriormente éste se hubiera producido de todas maneras, por acción de otra cadena causal, como es precisamente el clásico ejemplo citado en diversa bibliografía en que se ilustra lo anterior con el llamado autor sustituto, quien acciona el botón de funcionamiento de la silla eléctrica antes que el verdugo, o bien, de aquel sujeto que se apodera de una cosa ajena argumentando que de todas maneras otro se hubiera apoderado de esta.

En clara oposición a la exclusión de la imputación en razón del autor sustituto, Roxin sostiene que “la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustituto, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción).”⁴³

⁴³ ROXIN, CLAUS, Derecho Penal, parte general..., p. 368.

“Ello se sigue de la idea, teleológicamente vinculante, de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas. De lo contrario se produciría la impunidad sólo porque en vez de un sujeto decidido a ejecutar el hecho hubiera varios dispuestos a ello, resultando evidentemente absurdo. Por eso no se puede discutir en tales casos el incremento del peligro argumentando que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido y por tanto no podía seguir siendo puesto en peligro por el autor. El resultado realizado es la realización de un peligro creado exclusivamente por el autor, y eso es lo único que por la razón indicada puede tenerse en cuenta bajo aspectos normativos. Y del mismo modo que un autor doloso, un autor imprudente tampoco puede aducir que la lesión del bien jurídico causada por él, si no se hubiera dado, hubiera sido producida por el hecho imprudente de otro.”⁴⁴

En conclusión, según la concepción de Roxin no es posible excluir la imputación por la existencia de cursos causales hipotéticos, pues no es lógico aceptar el argumento que sostiene, que en vez de un sujeto decidido a ejecutar el hecho éste se hubiera producido de todas maneras por la acción de una cadena causal diversa, o bien, que el bien jurídico ya no había sido puesto en peligro por el autor dado que en cualquier caso, éste ya estaba anulado. No es posible aceptar lo anterior, dado que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas, aceptar esto, produciría la impunidad como acertadamente sostiene Roxin.

3.3.1.4. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Entiendo por riesgo permitido, aquellas conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos pero que dentro de los límites que establece el

⁴⁴ Ídem

ordenamiento jurídico, o por el convencionalismo social históricamente dado, son aceptadas, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros de tolerancia del riesgo permitido. Dentro del ámbito del riesgo permitido se encuentran ciertamente, entre otras muchas más, todas las diversas formas de transporte público (por aire, por agua, por tierra, por vía férrea); el funcionamiento de plantas industriales, nucleares; la practica de ciertos deportes arriesgados; los tratamientos médico-quirúrgicos ajustados a la *lex artis*; por eso se habla en la actualidad de que vivimos en una sociedad de riesgos, dada la era de la globalización internacional; por ese motivo, la razón político-criminal que permite tolerar conductas que representan riesgos para bienes jurídicos, radica fundamentalmente en el argumento que sostiene, que resultaría insoportable su prohibición, por ello deben aceptarse los costos y beneficios de la llamada sociedad de riesgos.

Al decir de Roxin, se entiende 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.”⁴⁵

En otra parte, Roxin ha sostenido también que “cuando el legislador permite que, al igual que en otras muchas manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos y en otros casos de utilidad social preponderante se corra un riesgo hasta un cierto límite, sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del peligro permitido. Pero si sucede esto, tiene que imputarse el resultado al agente, y ello incluso en el caso de que fuera posible que, aun con una conducta intachable, se hubiera producido el resultado.”⁴⁶

Rueda Martín sostiene que las características más importantes que presenta este instituto en el seno de la teoría de la imputación objetiva son las siguientes:

⁴⁵ Ibidem, p. 371.

⁴⁶ ROXIN, CLAUS, Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal, en Problemas básicos del derecho penal, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, S. A., 1976, pp. 133-134.

“1) Con carácter general se puede afirmar que el concepto de riesgo permitido es el punto nuclear de la moderna teoría de la imputación objetiva ya que, hoy en día, se entiende de forma mayoritaria que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario, en primer lugar, que la peligrosidad de la conducta sobrepase las fronteras del riesgo permitido.

2) En segundo lugar, el riesgo permitido es un juicio normativo,...objetivo y aplicable en forma general, mediante el que se pretende encontrar un límite a los tipos de lo injusto y delimitar los tipos penales entendidos en forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal. De todo ello resulta que el concepto de riesgo permitido que maneja la teoría de la imputación objetiva es un modo de denominar el resultado final de la comprobación de las condiciones de atribución de la responsabilidad, de modo que es también opinión unánime que con la acepción riesgo permitido se pretende aludir a una serie de situaciones en las que puede producirse un resultado lesivo de un bien jurídico en la confluencia de circunstancias normales, y que pese a la producción del resultado no hay una responsabilidad jurídico penal.

3) En tercero lugar, el riesgo permitido sirve para delimitar una acción típica en el delito imprudente y la doctrina de la imputación objetiva - o la teoría de la conducta típica – considera que también delimita una acción típica en el delito doloso. Al operar, pues, como un criterio delimitador de una acción típica dolosa, se produce como consecuencia la entrada de valoraciones normativas en el tipo objetivo del delito doloso, que no pierden su carácter por el hecho de que el autor quiera el resultado. La consecuencia de este planteamiento es que la determinación del tipo objetivo se efectúa con total independencia de los que el sujeto quiere y conoce, esto es, con independencia del dolo que pasa a ser un aspecto secundario.

4) También es opinión generalizada que la característica común que define a la constelación de los casos que se pretende resolver mediante este concepto del riesgo permitido, es la utilidad social preponderante de las

actividades mencionadas, siendo en consideración a ésta por lo que se toleran determinadas conductas peligrosas...

5) Finalmente, este juicio se caracteriza por ser la resultante de una ponderación de intereses. Según Roxin, un sujeto puede haber creado con su conducta un riesgo jurídicamente relevante, pero la imputación en el tipo objetivo se excluye cuando se trata de un riesgo permitido en general e independiente del caso concreto, como sucede, por ejemplo, en la conducción automovilística bajo la observancia de todas las reglas del tráfico viario, donde el legislador permite el desarrollo de esta actividad (en el marco de unas determinadas reglas de cuidado), porque los intereses preponderantes de la comunidad lo exigen a pesar de que el tráfico viario representa un riesgo para la vida, la salud y bienes materiales y esto vale igualmente para el delito doloso y culposo⁴⁷

Con lo anterior se pone de relieve que dentro de la posición doctrinal sostenida por Roxin, el riesgo permitido es la piedra angular de su sistemática y por ende de la moderna teoría de la imputación objetiva.

Es importante puntualizar, que si bien es cierto para que se excluya la imputación objetiva es necesario que la conducta desplegada por el agente se ubique dentro de los parámetros de un riesgo permitido, también es cierto, como acertadamente lo afirma Frisch, que para que una conducta conduzca a un resulta típico, no puede renunciarse al requisito de creación de un peligro desaprobado.

Para ilustrar lo anterior, Frisch sostiene que “para llegar a una desaprobación jurídica (por suponer una extralimitación en la libertad tolerable), sólo podrán tenerse en cuenta aquellas formas de conducta que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino a partir de ciertas circunstancias sobre la posibilidad de producción del daño...De manera similar,

⁴⁷ Op. cit., pp. 221-224.

otros riesgos tampoco constituyen una razón para legitimar la limitación de la libertad (y con ello la desaprobación de las formas de conducta unidas a esos riesgos). Por ejemplo riesgos mínimos que no se temen por compartirse ampliamente el interés de su desarrollo; riesgos que se realizan sólo en caso de conducta errónea de un tercero racional, etc. Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados... Todo esto significa: la teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón en estimar adecuado el primer proceso material para la afirmación de un injusto imputable. No puede renunciarse a un requisito cuyo contenido es que la conducta que conduce al resultado típico debe presentarse como creación de un peligro desaprobado.”⁴⁸

Luego, se puede afirmar que la imputación del resultado sólo podrá quedar excluida si la conducta del autor no ha traído consigo un aumento del riesgo permitido, pues en caso contrario, si son traspasados los límites de tolerancia del riesgo permitido se estará en presencia de una conducta típica y jurídicamente desaprobada.

3.3.2. Realización de riesgos

Actualmente existe una aceptación mayoritaria a nivel doctrinal, que sostiene que para poder imputar un resultado a un autor no basta con que su conducta y el resultado estén unidos por una relación de causalidad, sino que debe existir además un nexo específico entre ambos, de tal manera que en el resultado pueda ser considerada la realización del riesgo penalmente relevante creado por el autor.

⁴⁸ FRISCH, WOLFGANG, Imputación objetiva: estado de la cuestión, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Trad. Ricardo Robles Planas, España, Ed. Civitas, 2000, pp. 47-48.

En este orden de ideas, corresponde ahora dirigir nuestra atención a la llamada *realización de riesgos*, de donde resulta, que para la teoría de la imputación objetiva deben distinguirse dos aspectos fundamentales; por un lado la creación de un riesgo que se puede determinar ex ante en la conducta del autor, y, después, la realización en sí que surge entre la creación de ese riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado causado y que ciertamente constituye el segundo requisito exigido por la teoría de la imputación objetiva, en el que además, se ha planteado cuándo un delito de lesión puede considerarse consumado y cuándo, por el contrario, el sujeto únicamente responderá en grado de tentativa, o bien, no es posible hacer un juicio de imputación debido a que el resultado penalmente relevante no guarda relación con la conducta generadora de dicho riesgo. De éste segundo requisito denominado por la teoría de la imputación objetiva “realización de riesgos” me ocupare enseguida, pero puntualizando esencialmente los supuesto en donde la teoría de la imputación objetiva ha sostenido que no hay realización de riesgos, lo que deviene en la exclusión del juicio de imputación al agente.

3.3.2.1. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

No puede hablarse de juicio de imputación al tipo objetivo, si no se materializa el peligro en el resultado, es decir, si el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor no se plasma justamente en el resultado.

Ya Roxin⁴⁹ ha sostenido que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo. Aquí se encuentran sobre todo los casos en que el delito doloso en un primer momento se queda en la fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo en que la

⁴⁹ Cfr. Derecho Penal, parte general..., op. cit., pp. 373-374.

víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital.

Lo anterior, dice Roxin, no es un problema de dolo, sino una cuestión de realización del tipo objetivo. El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor. Es decir, que en el caso del ejemplo hay que preguntarse si el disparo efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mesurable; y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, dice Roxin, como la cuestión debe contestarse negativamente, una estancia en el hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo, debe negarse la realización del peligro y la imputación del resultado.

Lo anterior no excluye el peligro intrínseco que entraña la conducta de quien ha disparado con la intención de privar de la vida, por lo cual ésta conducta encuadra perfectamente en el tipo penal de homicidio en grado de tentativa.

Por otra parte, “quien arroja a su víctima desde el décimo piso de un edificio con el fin de que ésta se impacte en el piso, la conducta encierra ya un peligro de muerte, por el impacto del cuerpo contra una superficie sólida. De tal suerte que si la víctima, antes de llegar al piso tiene un primer impacto con una ventana de metal que se encontraba abierta en el tercer piso, la cual le provoca lesiones en la cabeza, que culminan con al muerte instantánea y, por lo tanto, al llegar el cuerpo al piso ya estaba sin vida. La verificación de un proceso casual diverso al representado por el autor no excluye la imputación del resultado a su conducta; por el contrario, sí que se le puede imputar el resultado porque es producto de la realización de un peligro creado por su conducta.”⁵⁰

⁵⁰ DIAZ ARANDA, ENRIQUE, Derecho Penal, parte general, (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Ed, Porrúa, UNAM, 2003, p. 230.

Congruentes con el pensamiento de Roxin, puede afirmarse, que se excluye la imputación, cuando el agente ha creado un peligro contra un bien jurídicamente tutelado, pero el resultado no se puede considerar como la realización de ese peligro, sino que únicamente se encuentra en una relación causal imprevisible respecto de él, aunque relacionado con el riesgo original.

Lo anterior no implica que en todos los supuestos quede impune la conducta creadora del resultado, habrá casos en que se actualice un delito tentado, o bien consumado, en donde la verificación de un proceso causal diferente al representado por el agente no excluye la imputación del resultado a su conducta, dado que el resultado ha sido el producto o consecuencia de la realización de un peligro creado por su conducta.

3.3.2.2. Exclusión de la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido

En los casos de riesgo permitido, la imputación presupone la trasgresión de la frontera de lo permitido, y con esto la creación de un peligro desaprobado. Pero no basta con dicha trasgresión, porque para poder imputar el resultado es necesario que la violación del riesgo permitido haya influido en la forma concreta del resultado; es decir la segunda exigencia para la imputación objetiva, es precisamente que la creación del riesgo se haya materializado en el resultado; luego, si hay ausencia de esa realización de un riesgo no permitido, se excluirá la imputación objetiva.

Dentro de este tópico, considero que entre los supuestos que excluyen la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido, se encuentran al decir de Roxin, los siguientes:

a) Cuando el incremento del riesgo permitido no repercute en la concreta materialización del resultado.

b) Cuando la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción de éste, no se ha incrementado por ese aumento del riesgo permitido.

c) En algunas ocasiones el sobrepasar el riesgo permitido ciertamente no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, pero no obstante el curso del hecho era éste tan irrelevante jurídicamente (atípico) que ya no es posible contemplarlo como idóneo para la realización del riesgo prohibido.

Entre los ejemplos propuestos por la doctrina para ilustrar el primer supuesto, se encuentra el siguiente:

El de aquel director de una fábrica de pinceles que suministra a sus trabajadores pelos de cabra chinos para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Posteriormente cuatro trabajadores se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.

En relación a este ejemplo, Roxin sostiene que “el autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento ex ante ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado. Si se le imputare el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad; pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado. Por tanto, sí el fabricante hubiera tenido dolo homicida, sólo podría ser castigado por tentativa; y en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.”⁵¹

⁵¹ Derecho Penal, parte general, op. cit., pp. 375-376.

En otra parte, Roxin⁵² puntualiza que una pregunta es decisiva y es la siguiente: ¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente? Al respecto, como método para contestarla, propone el siguiente procedimiento: En primer lugar deberá examinarse qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; luego, deberá compararse con ella la forma de actuar del procesado, y comprobarse entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así dice Roxin, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto.

Por ende, para imputar un resultado a la conducta del sujeto que desobedece un deber de cuidado no basta con el incumplimiento del deber y la verificación del resultado sino que, además, se requiere que ese resultado específico sea el que se pretendía evitar con el cumplimiento del deber.

En relación al segundo supuesto, se cita el ejemplo de cuando el autor rebasa la velocidad máxima permitida, pero después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces atropella a un niño que había salido repentinamente detrás de un automóvil, metiéndose delante de su coche; y el accidente es objetivamente inevitable para el conductor.

Roxin sostiene que en esta hipótesis “la prohibición de exceso de velocidad no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar. Por tanto el haber corrido el riesgo prohibido sólo por casualidad ha dado lugar al accidente, de modo que se excluye la imputación del resultado.”⁵³

⁵² Cfr. Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en *Problemas básicos del derecho penal*, op. cit., pp. 167-175.

⁵³ *Ibidem*, p. 376.

En el tercer supuesto se ilustra haciendo referencia a aquel caso en que una persona muere de un ataque cardíaco porque otro le adelanta incorrectamente con su vehículo.

“El peligro de que alguien sufra un ataque cardíaco por sustos se incrementa en todo caso, aunque de modo no considerable, por una forma incorrecta de conducir. Pero el incremento es demasiado escaso para que el resultado aparezca como imputable. 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 lo 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.”⁵⁴

3.3.2.3. Exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Es evidente que dentro del ordenamiento jurídico, existen ciertas normas que imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos, sin embargo, cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se debe negar la imputación de la conducta al tipo.

Es importante tener siempre presente que bajo este criterio sólo están incluidos aquellos casos en los que el agente viola algún deber de cuidado, lesiona un bien jurídico, pero esa lesión no es la que la norma pretendía evitar; si por el contrario, si el deber de cuidado es violado y el resultado que se causa es el que se quería evitar, entonces sí se puede sostener la imputación del resultado a la conducta indebida.

Es decir, se parte del principio de que las normas de cuidado que se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro

⁵⁴ Ibidem, p. 377.

socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados; su finalidad, estriba en prevenir resultados concretos.

Para ilustrar el fin de protección de la norma como criterio interpretativo integrante de la imputación objetiva, Gimbernat establece una serie de ejemplos en los que una persona crea un riesgo no permitido, pero el resultado es consecuencia del riesgo permitido que acompaña siempre a cierto tipo de actividades, así, el siguiente ejemplo: “Si un conductor circula a una velocidad excesiva en las proximidades de un colegio, y mata un suicida que se arroja ante su vehículo, ahí se están dando todos los elementos expresos integrantes de la tipicidad del homicidio imprudente, en cuanto que una acción negligente ha sido causante de un resultado típico. No obstante, un elemental análisis teleológico de esa norma de prudencia del artículo 17. g del Código de la Circulación, que establece que la velocidad debe reducirse a la equivalente a la del paso del hombre...en las proximidades de las escuelas a las horas de entrada y salida de los alumnos, lleva a la consecuencia de que esa limitación de velocidad no está impuesta para evitar atropellos de suicidas; de ahí que esa muerte, aparentemente típica, no sea objetivamente imputable al autor.”⁵⁵

Por su parte, Roxin, ilustra la exclusión de la imputación cuando el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma, con el siguiente ejemplo: “Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía algo en el corazón, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde...El deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería

⁵⁵ ¿Qué es la imputación objetiva?, en *Estudios de Derecho Penal...*, op. cit., pp. 216-217.

prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado.”⁵⁶

Para poder determinar la imputación del resultado a la conducta “debe examinarse constantemente el desarrollo concreto del hecho causante del resultado antijurídico, respecto a si este desarrollo puede contarse entre aquellos que involucran la prohibición de la puesta en peligro transgredida por el autor; es decir, si existe la norma de conducta transgredida por el autor para prohibirla. Con esto gana significado decisivo para la imputación del resultado el fin de protección de la correspondiente norma penal transgredida por el autor. Sólo entonces, cuando el hecho concreto causante del resultado se encuentre incluido dentro del ámbito de protección de la norma transgredida, se debe también imputar objetivamente al autor el resultado causado por él.”⁵⁷

En Alemania, Zielinski⁵⁸ ha sostenido que la relación de riesgos creada por el autor con riesgo permitido y no permitido puede estar ligada, por su parte, a relaciones de riesgos de terceros o a autopuestas en peligro de la propia víctima, las cuales suceden a su vez, dado el caso, por la lesión de cargas de autoprotección.

Si, en cambio, la relación de riesgo no permitida se vincula a otra relación de riesgo no permitida, proveniente de un tercero, entonces, el resultado sigue siendo imputable, dado que el bien jurídico no está desprovisto de la protección del ordenamiento jurídico, por el hecho de que igualmente otros no observen las normas que sirven para la protección del mismo bien jurídico. En este sentido, quien expone a la víctima de su secuestro a una situación de indefensión, responde por la lesión producida como consecuencia de un asalto posibilitado a través de ello. Pero quien causó un accidente no responde por los daños a la salud derivados de una falta a la *lex artis* de los médicos, ocurrida en el hospital, pues la víctima habría estado expuesta a este riesgo también por medio de un accidente producido sin ninguna culpa.

⁵⁶ Derecho Penal, parte general..., op. cit., pp. 377-378.

⁵⁷ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, op. cit., pp. 40-41.

⁵⁸ Cfr. ZIELINSKI, DIETHART, Dolo e imprudencia, comentarios a los artículos 15 y 16 del Código Penal alemán, Trad. Marcelo A. Sancinetti, Argentina, Ed. Hammurabi, 2003, pp. 123-127.

Los mismos principios valen para el caso de que una relación de riesgo no permitido se vincule a la autopuesta en peligro de la víctima por lesión a cargas de autoprotección. Debido a la defectuosa seguridad del camino el obligado a limpiar la calle cuando hay escarcha responde por lesiones, aun cuando la víctima haya patinado como consecuencia de su ebriedad. En cambio, no se deben imputar al causante del accidente que actuó de modo contrario al cuidado, los ulteriores daños a la salud derivados de la negativa del lesionado a buscar un médico, en este caso él no tiene nada que ver, para evitar esto, no es competente.

De gran importancia resultan las observaciones hechas por Feijóo en su obra, resultado lesivo e imprudencia, sostiene que “el criterio del fin de protección de la norma parte de un principio completamente distinto al de la teoría del incremento del riesgo: la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido acompañante. Por ejemplo, si alguien no respeta un límite de velocidad, pero el resultado no es consecuencia de ese aumento de riesgo, sino que se realiza el riesgo general de conducir, no se puede imputar el resultado. Los principios del incremento del riesgo y del ámbito de protección de la norma son incompatibles, ya que parte de premisas opuestas. Aquí reside, en mi opinión, una de las cuestiones centrales de la moderna teoría del tipo imprudente de resultado: o se admite la idea de que se pueden delimitar ex post los riesgos permitidos o no se admite, pero no caben caminos intermedios como aceptar los dos principios. Decir que el criterio del fin de protección de la norma sólo se aplica cuando no hay dudas sobre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido, y el principio del incremento del riesgo cuando existen dudas en ámbitos con riesgos generales elevados, supone una continua contradicción. Esta contradicción permanente no es apreciada por un gran sector de la doctrina que utiliza uno y otro criterio según le convenga...El criterio del fin de protección de la norma parte del principio de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos, es preciso constatar que el resultado es realización de un riesgo típico. Este criterio tiene como principio básico la idea de que la norma de conducta (norma

de cuidado) sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de riesgos permitidos o, lo que es lo mismo, de todo tipo de riesgos.”⁵⁹

En este orden de ideas se puede concluir que cuando el hecho concreto causante del resultado se encuentre incluido dentro del ámbito de protección de la norma violentada, se debe también imputar objetivamente al autor el resultado causado por el.

3.3.2.4. Las conductas alternativas conforme a Derecho y la teoría del incremento del riesgo

Se trata de casos en los que alguien ha traspasado las fronteras del riesgo permitido. Sin embargo se demuestra que aunque se hubiere observado el cuidado exigido, el resultado, con gran probabilidad, también se hubiere producido.

En este sentido, se incluye el siguiente caso juzgado por la jurisprudencia alemana: el conductor de un camión quiere sobrepasar a un ciclista y no se mantiene dentro de la distancia lateral permitida. Durante la maniobra de adelantamiento prohibida, el ciclista, quien se encuentra en estado de ebriedad, cae bajo las ruedas posteriores del remolque, a causa de una maniobra súbita hacia la izquierda, producto de una acción instintiva. Se demostró en el proceso que el accidente probablemente también se hubiera producido, aun cuando el conductor hubiera mantenido la distancia lateral exigida según las normas de tráfico.

Para Roxin, lo determinante en estos casos no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aun observando una conducta reglamentaria. Lo que hay que indagar, es si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción de un resultado, es decir

⁵⁹ Op. cit., pp. 173-174.

Roxin, para dar solución a este tipo de supuestos acude a su teoría del incremento del riesgo.

Sostiene Roxin que en el ejemplo antes citado, “es obligada la imputación, porque 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.”⁶⁰

En otra parte Roxin sustenta que “si consideramos probado, conforme a lo expuesto, que en caso de falta de incremento del riesgo sería inadecuado castigar por homicidio imprudente, en cambio aún es preciso explicar por qué el aumento del peligro ha de acarrear necesariamente una pena aunque el desenlace hubiera sido posiblemente el mismo con una conducta conforme a lo ordenado.

En este punto ocurre lo siguiente: si un hombre muere en un adelantamiento, ello se debe tanto en uno como en otro caso al peligro inherente a esa maniobra. Por ello, teóricamente el legislador podría prohibir totalmente el adelantamiento, pero para que el tráfico discurra sin dificultades, no lo hace; antes bien le permite al conductor correr ese riesgo, cuando el peligro, visto de un modo general y ex ante, es muy reducido. Si a pesar de ello se produce el resultado, el legislador tiene que renunciar a imponer una pena porque había aceptado ese riesgo. Pero sería totalmente desacertado suponer que la producción del resultado mediante una acción que implica un riesgo superior, que ya no está autorizado, habría de quedar impune sólo porque quizá también se hubiera producido el resultado en contrario. Lo que en un caso el legislador deja impune en atención a las necesidades generales del tráfico, ya no tiene por qué admitirlo si se rebasan, con el consiguiente aumento del peligro, los límites por él marcados. El riesgo permitido es siempre el producto de una ponderación entre las exigencias del tráfico y los intereses de

⁶⁰ Derecho Penal, parte general..., op. cit., p. 379.

protección de los individuos. El incremento del peligro que aún se toleraba hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiere habido nada que objetar.”⁶¹

Como bien se puede observar Roxin acude a su teoría del incremento del riesgo para solucionar estos supuestos, dado que lo importante es indagar si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción del resultado.

En esta línea del pensamiento, se ha sostenido que “mientras la jurisprudencia y la opinión dominante de la doctrina niegan la imputabilidad del resultado invocando el postulado de la evitabilidad, cuando, sobre la base de una duda seria, no se puede excluir que el resultado también se habría producido si se hubiera realizado una conducta acorde al cuidado, va ganando terreno la teoría del principio de incremento del riesgo, que considera suficiente, para imputar el resultado, que él se pueda explicar como la realización del riesgo incrementado, creado por el autor, para el bien jurídico. En contra de la opinión dominante, el principio in dubio pro reo no exige, en los delitos de lesión, la prueba estricta de la evitabilidad efectiva del resultado, sino únicamente la prueba de que, por medio de la acción prohibida, se ha lesionado efectivamente el bien jurídico, es decir, la prueba de la causalidad. Conforme a qué criterios se restringido el nexo causal entre la acción y resultado para la imputación es algo que se debe decidir normativamente; y este criterio- según el punto de vista aquí defendido- no puede ser, con pleno sentido, la evitabilidad. Sólo un ordenamiento jurídico concebido estadísticamente, que aspire a preservar los bienes jurídico como piezas de museo, puede fijarse el fin de evitar la lesión de bienes jurídico. El derecho como ordenamiento de la interacción social, para asegurar posibilidades óptimas de participación social con mínimos costos sociales, tiene que asumir, como algo permitido, las puestas en peligro (y, obviamente, también su

⁶¹ Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en *Problemas básicos del Derecho penal...*, op. cit., p. 169.

realización de lesiones). Es decir, que las normas garantizan la minimización de los riesgos, nunca la evitación de lesiones.”⁶²

Tampoco el criterio de la evitabilidad es aceptado por los partidarios de la teoría del incremento del riesgo, dado que paralizaría la vida de relación, en donde evidentemente deben aceptarse riesgos tolerados con sus correspondientes costos y beneficios.

Gimbernat,⁶³ en relación al ejemplo del ciclista que conduce en estado de ebriedad y es arrollado por un camión, refiere que tanto en España como en Alemania la tesis dominante para solucionar este caso tiene tres notas comunes: no por falta de causalidad material, sino por no existir realización de la lesión de diligencia, no se castiga al autor, cuando se demuestra que el resultado se hubiera producido también, aunque el agente se hubiera comportado correctamente.

Más adelante sustenta que esta consideración de la fórmula de *conditio sine qua non*, fundamentada en puntos de vista que no tiene nada que ver con la causalidad material, ha de ser, asimismo, rechazada, pues: por un lado, se parte de la fórmula a la que falta concretización, y por otro lado, se confunden dos ideas no coincidentes: ni es verdad que no existe realización de la lesión de diligencia siempre que conste que el resultado no se hubiera podido evitar tampoco con un comportamiento prudente, ni es exacto lo contrario, es decir, que sólo en tales casos no se puede atribuir el resultado a la lesión de la diligencia.

Para sostener que la fórmula de la *conditio sine qua non*, no tiene importancia para el examen de si ha habido o no realización de la lesión de cuidado debido, Gimbernat echa mano del caso del ciclista, y refiere que éste hubiera ido a parar bajo las ruedas del camión y perecido, tanto si la distancia lateral durante el adelantamiento hubiera sido de 0,75 m (la que guardó el conductor, lesionando el cuidado debido), como si hubiera sido de 1 m a 1,50

⁶² ZIELINSKI, DIETHART, op. cit., pp. 131-132.

⁶³ Véase Delitos cualificados por el resultado y causalidad..., op. cit., pp. 129-147.

m (la que debería haber observado si hubiera obrado diligentemente). No obstante, es evidente que si el conductor hubiera observado la diligencia debida, el accidente habría sobrevenido más tarde –se trataría, desde luego, de décimas de segundo-, pues la distancia que para que se origine el accidente habría tenido que recorrer el conductor y el espacio que el ciclista habría tenido que desplazarse a la izquierda hubiera sido mayores. Por consiguiente: si se suprime in mente la conducción imprudente del vehículo, el resultado no se habría producido en el mismo instante.

En tal virtud, concluye que la fórmula de la *conditio sine qua non*, que ya se había mostrado inapropiada como instrumento para averiguar la relación de causalidad material, fracasa también cuando se la utiliza –tanto si se toma el resultado concreto, como si no- para determinar qué resultados típicos pueden ser atribuidos a una acción contraria al deber. Su fracaso reside no sólo en que hay casos en los que no existe una realización del deber de diligencia que no son abarcados por esta fórmula, sino también en que su aplicación llevaría a dejar sin castigo comportamientos en los que se ha realizado la lesión del cuidado debido.

Por eso, por lo que se refiere a los delitos culposos, la solución que Gimbernat sostiene, parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se quería evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad.

De lo antes expuesto, se comparte el criterio adoptado por la teoría del incremento del riesgo, para dar solución a los supuestos en donde, no obstante existe una conducta contraria al deber causante del resultado, éste posiblemente también hubiera llegado a ser producido por una conducta conforme al deber de autor, dado que únicamente puede darse la imputación en tanto que la conducta del autor signifique una trasgresión del riesgo permitido. Es decir, para la imputación objetiva de un resultado causado por la lesión de una prohibición de incrementar el peligro es, por tanto, sólo si esta

lesión resultante de una consideración *ex ante* ha conducido a una peligrosidad no conforme a derecho, porque ha sobrepasado la medida permitida de peligrosidad concreta del bien jurídico protegido, y si ese incremento de peligrosidad se ha realizado en la producción concreta del resultado. Esta imputación se debe negar únicamente cuando el resultado se hubiese dado con seguridad en caso de una conducta conforme a derecho.

3.3.3. El alcance del tipo penal

En un principio se englobaban bajo la expresión *fin de protección de la norma* dos cuestiones diferentes. Por un lado, se hacía referencia a la norma de cuidado como problema específico del delito imprudente. Por otro lado, se hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Para evitar confusiones se ha extendido en la literatura la propuesta de Roxin de envolver este segundo grupo de problemas bajo el criterio del *alcance del tipo*.

Con éste criterio se tratan problemas que pueden afectar a la realización del riesgo (comportamientos de la víctima que agravan su situación, resultados distanciados temporalmente de la creación del riesgo, etc.) como cuestiones relativas a la relevancia típica de un determinado riesgo.

Pudiera pensarse hasta donde hemos estudiado, que con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo; sin embargo, esto ha resultado insuficiente para dar solución al problema de la imputación del resultado a la conducta, pues cuando el fin de protección de la norma típica no abarca resultados de la clase de los producidos, es que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.

En tal virtud, tiene vital importancia para dar solución a esta problemática, los siguientes tres grupos de casos: 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.

3.3.3.1. La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa

Bajo este supuesto se encuentran contenidas aquellas conductas de autorriesgo asumidas y aceptadas por la propia víctima, quien durante el desarrollo de su conducta riesgosa cuenta en todo momento con la cooperación de terceros. Es decir, la propia víctima se pone en peligro concurriendo la contribución o participación de otros sujetos.

Bajo estas circunstancias, el resultado lesivo le es imputable a la propia víctima y no al sujeto, que ha cooperado, participado o contribuido a la autopuesta en peligro de la víctima, lo que trae como consecuencia la exclusión de la tipicidad de la conducta de éste último y por tanto su no sanción penal.

Para ilustrar lo anterior, se recurre a las consideraciones aportadas por Roxin⁶⁴ para justificar su propuesta.

Roxin recurre al siguiente ejemplo: A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero que se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, se plantea la cuestión de si A se le puede exigir responsabilidad –según su intención. Por homicidio imprudente o doloso. A ello hay que responder negativamente dice Roxin en virtud de la valoraciones en que se basa la ley. Dado que según el Derecho alemán es en principio impune la participación en el suicidio, es decir en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro).

Más adelante refiere que 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

⁶⁴ Cfr. Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en *Problemas básicos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 183-189; del mismo autor, Derecho Penal, parte general..., op. cit., pp. 387-393.

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.

Por el contrario es correcto señalar que no se imputa la cooperación de una autopuesta en peligro responsable sólo si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador. Si el incitador o promotor se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión, crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador.

Otro caso sucede también con los llamados accidentes salvadores voluntarios. Si A sufre una situación de emergencia en la montaña o en el agua y B muere al intentar salvarle, entonces A, en caso de que los esfuerzos por salvarle superen el riesgo no relevante, habrá creado un peligro que se realiza en la causación de muerte o lesiones del salvador. Pese a ello no es responsable por homicidio imprudente (o en su caso incluso doloso) del auxiliador, pues el primer accidente siempre es sólo la causación de una autopuesta en peligro voluntaria.

El fin de protección de la norma limita además la responsabilidad cuando alguien se pone en peligro a sí mismo para salvar a otros. Esto está claro cuando alguien sobrepasa en su voluntaria intervención los límites de lo exigido jurídicamente. Quien, para salvar a un montañista que ha sufrido un accidente, emprende una escalada increíblemente arriesgada, se despeña y se rompe una pierna, no puede exigir que se castigue al primer accidentado por lesiones imprudentes.

Incluso habrá que excluir la responsabilidad de terceros por imprudencia en los casos de acciones de salvamento malogradas cuando la persona dispuesta a socorrer ha sufrido el daño en cumplimiento del deber impuesto legalmente o en ejercicio de una profesión que lleve aparejado el riesgo.

También hay que rechazar la imputación del resultado cuando la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que aún era posible con plena conciencia del riesgo. Por tanto, si A ha lesionado a B en un accidente de tráfico y B muere de las secuelas del accidente porque por razones de secta rechaza la transfusión sanguínea salvadora, A no debe ser castigado por homicidio imprudente, sino sólo por lesiones, ya que B por su propia decisión se ha expuesto a la certeza o al peligro próximo de muerte.

En la medida en que la víctima no sea consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible la exclusión de la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa. Sólo se podrá exonerar al autor si se asignan las consecuencias al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Sobre la problemática planteada inicialmente en este apartado, considero que en México no sería posible exonerar de pena al participe en una autopuesta en peligro dolosa por parte de la víctima, bajo el argumento sostenido por Roxin, consistente en que en Alemania no es punible la inducción al suicidio y que bajo esa tesis sería impune también la cooperación en la autolesión dolosa de otro.

Lo anterior es así, pues en nuestro artículo 312 del Código Penal Federal, se pone de relieve que el legislador ha considerado como una conducta penalmente relevante el auxilio o inducción al suicidio, lo que obliga a llegar a conclusiones distintas para dar solución al problema planteado por Roxin.

No obstante considero, que para el caso de que el participe no tenga conocimiento de la pretensión volitiva de la víctima, bien pudiera excluirse la tipicidad por ausencia de imputación del resultado a su conducta.

La coincidencia que observo con Roxin, consiste en que éste considera que para el caso de que la víctima no tenga plena conciencia de las posibles consecuencias de su conducta negligente, por virtud de padecer algún tipo de

inimputabilidad, por disminución de su capacidad de intelección, entonces sí que será imputable el resultado a la conducta del partícipe. Esto se encuentra contemplado de alguna manera en el artículo 313 de nuestro Código Penal Federal, cuando incluso, agrava la sanción para este tipo de conducta cuando el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental.

Se comparte el criterio de Roxin, quien señala que únicamente podrá imputarse el resultado al partícipe cuando el consentimiento de quien se pone en peligro está viciado, en virtud de padecer éste algún tipo de inimputabilidad, pues suponiendo que en nuestra legislación penal no fuera punible la inducción al suicidio como sucede en Alemania, ciertamente la conducta del partícipe excluiría la imputación del resultado a su conducta en razón de haberse puesto en peligro dolosamente la víctima, pero en todo momento éste deberá tener plena conciencia de lo que hace o deja de hacer, pues para el caso de que no tenga razón para conocer las consecuencias de su conducta será imputable el resultado al cooperador, siempre y cuando éste tenga conocimiento de esa circunstancia, pues en caso contrario, considero que no habría imputación por estar falto de ese conocimiento potencial, es decir, que se trata de una víctima inimputable.

3.3.3.2. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

En este supuesto, se trata de acontecimientos en los que alguien no se arriesga por sí mismo, sino que se hace poner en peligro por otra persona, teniendo conciencia del riesgo existente.

Este grupo de casos es denominado por la doctrina como heterolesión, en donde la lesión en un principio sí puede ser atribuible al sujeto activo, es decir, se trata de las posturas que parten como base de la solución de la diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro, en principio impune, y heteropuesta en peligro, en principio punible.

Para dar solución a los problemas que se plantean, se han utilizado por la dogmática jurídico penal diversos caminos, se ha buscado en el consentimiento del activo la solución a este grupo de casos, también se ha abordado desde la óptica del suicidio, pero el criterio mayoritario centra su atención al principio del riesgo.

En este orden de ideas, Roxin⁶⁵ ha sostenido que un grupo de casos directamente relacionado con la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, se refiere a situaciones en que una persona no emprende acciones con las que se ponga en peligro a sí mismo ni afronta un riesgo ya existente, sino que se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva de un tercero. Para ilustrar lo anterior, el profesor de Munich refiere que no es lo mismo concertar con otra persona una alocada carrera de motos y aceptar al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia, que ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario. En el primer caso, la conducta del cooperador es participación impune en una autopuesta en peligro, mientras que el conductor del segundo caso, si se accidenta, causa simultáneamente un daño a otro y no se puede decir en absoluto que sea impune sin más. El Derecho muestra que para el legislador existe una diferencia entre el autodaño (o autopuesta en peligro) impune y el daño causado a otra persona con su consentimiento. Con tanta más razón ello ha de ser válido en caso de este tipo, en los que ni siquiera se puede hablar de un genuino consentimiento; por eso sostiene Roxin, que hay buenas razones para no equiparar sin más la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste a la autopuesta en peligro. Pero la cuestión de cómo se debe de tratar es una de las menos claras de la dogmática y de la jurisprudencia.

Para solucionar esta problemática, Roxin sostiene, que se ha de negar la responsabilidad por imprudencia cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivalga bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro. Se podrá equiparar la puesta en peligro de un tercero

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, op. cit., pp. 190-193; op. cit., pp. 393-398.

aceptada por éste a la autopuesta en peligro si la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro.

Además, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro. Y además aquél, al igual que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser conciente del riesgo en la misma medida de quien le pone en peligro.

Para ilustrar esas ideas en casos concretos, pone el caso de aquel acompañante que tiene mucha prisa y apremia a la persona que va conduciendo el vehículo para que circule a una velocidad superior a la permitida, no se ve dice Roxin, porque el conductor habrá de responder penalmente frente a la persona que viaja con él de las consecuencias resultantes de la excesiva velocidad. Distinto sería si el acompañante sólo tolera el exceso de velocidad del conductor, o si no conoce los factores que aumentan el riesgo, como pueden ser la miopía del conductor, o si el accidente sobreviene por otros fallos en la conducción. Es decir deberá tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado.

A modo de conclusión, consideró que si bien este supuesto es uno de los que no han quedado aún muy claros dentro de la dogmática penal, lo cierto es que Roxin tiene el mérito de haber propuesto para dar solución a este tipo de casos, el equiparar la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, a la autopuesta en peligro, bajo los presupuestos de que la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, que el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y que la persona puesta en peligro cargue con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro; sin

embargo, pienso que debe agregarse otro ingrediente que resulta de suma importancia, y me refiero a que la víctima tenga una conciencia plena y potencial del riesgo asumido, dado que si se quiere equiparar la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, a la autopuesta en peligro, es necesario entonces que la víctima este plenamente conciente de las consecuencias de sus actos al asumir los riesgos, es decir que no se encuentre en ninguna hipótesis de inimputabilidad; en este caso podrá decirse que se ha excluido la imputación del sujeto activo, en caso contrario habrá imputación del resultado.

3.3.3.3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

En este supuesto se trata de aquellos casos en que el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

Para ilustrar este tema, únicamente se hará referencia a los casos de responsabilidad penal médica, dado que existen varios ejemplos para explicar esta temática, sin embargo y en virtud de que la presente tesis de investigación esta dirigida a la resolución de casos de responsabilidad penal médica en delitos culposos, se centrara la atención solo en esta hipótesis.

En este sentido, se ha señalado que “el 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. Una extendida opinión pretende que en caso de fallos profesionales médicos leves y medianos se le impute al primer causante la muerte del paciente (y correlativamente también las agravaciones de su dolencia), porque hay que contar con los mismos; y en cambio, los fallos profesionales médicos graves deben exonerar al primer causante...Según una tercera concepción la cuestión depende de si en el resultado influido por el fallo profesional médico se realiza el “peligro modelo” creado por las lesiones, el riesgo típicamente unido a ellas. En ese caso debe tener lugar la imputación al primer causante incluso si hay imprudencia temeraria del médico. Pero en cambio, se excluirá la imputación si la conducta

médica defectuosa, como puede ser una anestesia equivocada, cae fuera del riesgo típico de las lesiones.

Lo correcto es, combinando las dos últimas concepciones, distinguir en primer lugar según el criterio de “si la conducta...médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización”. Pues si la víctima no muere por las lesiones que se le han inferido, sino sólo por un peligro añadido por el fallo médico, entonces el médico habrá sustituido (desplazado) el riesgo originario por otro que entra exclusivamente en su esfera de responsabilidad; y no se le puede imputar en ningún caso al primer causante, tanto si el médico ha obrado con imprudencia temeraria como con imprudencia leve. Por consiguiente, el causante del accidente no responderá por homicidio imprudente si en el curso de la operación se produce una incisión equivocada que origina la muerte por desangramiento, si se suministra cualquier medicamento que esté contraindicado y que por ello provoco la muerte, o si a consecuencia de una anestesia equivocada se produce una parada cardíaca irreversible, etc.”⁶⁶

Para dar solución a este tipo de casos, Rudolphi en su obra causalidad e imputación objetiva, propone que debe tomarse en cuenta el principio de confianza, y sobre esto sostiene “que el primer causante del daño puede en principio confiar en que terceros, incluso la misma víctima, se comporten cumpliendo el deber; es decir, que él solamente debe contar con daños contrarios al deber producidos por terceros o por la misma víctima, cuando para ello existan en el caso particular señales o indicios especiales... Si el principio de confianza no se aplica en el caso concreto, entonces el primer causante actúa también en vista de la posibilidad del segundo daño contrario al deber y se le debe imputar también el resultado causado contrario al deber por el tercero, ya que también se ha realizado un peligro creado por él, contrario al deber. Sin embargo, si se aplica el principio de confianza, entonces debe diferenciarse, según esto, si el tercero, por ejemplo el médico, causó el segundo daño por medio de un actuar activo, o si simplemente omitió rechazarlo. En el primer caso debe imputársele el segundo daño sólo al

⁶⁶ ROXIN, CLAUS, Derecho Penal, parte general..., op. cit., p. 400-401.

tercero. Por el contrario, otra cosa debe decirse en el caso de una simple omisión del tercero. En este caso, también le es objetivamente imputable al primer causante del daño el segundo daño no rechazado, puesto que la conducta del tercero se limita a no impedir otra realización del peligro creado por el primer autor contrario al deber, que se realiza también en el segundo daño.”⁶⁷

Reyes Alvarado⁶⁸ al tratar este tema al cual denomina conductas posteriores erradas de un tercero, puntualiza que los problemas que plantean las intervenciones equivocadas de terceros no son solucionables mediante la inaceptable negación de la relación causal, sino que deben ser analizados dentro de la teoría de la imputación objetiva, para determinar cuál de los dos riesgos jurídicamente desaprobados, (el del primer causante o el del tercero), es el que se realiza en el resultado penalmente relevante. Más adelante sostiene que lo que en verdad permite determinar a quién debe serle objetivamente imputable la lesión al bien jurídico, es el análisis de cuál de los riesgos desaprobado fue el que se realizó en el resultado penalmente relevante, para lo cual debe indagarse cuál de esas conductas reprochables es la que permite explicar el daño. Lo que sí puede descartarse como principio general, es la imputación al primer causante por el solo hecho de que su actitud fue desaprobada. El problema no consiste en analizar si los errores médicos eran o no previsibles para el agresor, sino en establecer cuál de los dos riesgos desaprobados (el del atacante o el del médico) es el que, por explicar el daño, debe considerarse como realizado en el resultado.

A modo de conclusión, puedo afirmar que ciertamente este grupo de casos es de los que aún no encuentran una clara solución dentro de la dogmática jurídico penal, lo que sin lugar a dudas dificulta la toma de posiciones, sin embargo considero que el criterio de la mera relación de causalidad entre las lesiones ocasionadas por el autor inicial y el resultado producido, o entre la intervención médica y el resultado producido, no puede dar una certera explicación del problema de la responsabilidad penal, por el

⁶⁷ Op. cit., pp. 56-57.

⁶⁸ Véase op. cit., pp. 345-349.

contrario hay que acudir a criterios normativos como lo es el principio del riesgo.

Deberá hacerse una clara diferenciación, entre la relación causal producida por el autor inicial de las lesiones producidas a la víctima y la creada por el médico tratante de esta.

En este contexto, únicamente cuando el médico haya desplazado el peligro creado por el autor inicial y originado otro foco de peligro autónomo, el resultado producido entrará exclusivamente en su esfera de responsabilidad, pues ciertamente esta conducta es la que permite explicar el daño producido que debe considerarse como realizado en el resultado y por ende penalmente relevante.

El principio de confianza, es de gran utilidad para delimitar los ámbitos de responsabilidad penal entre los sujetos que intervienen en la relación causal, (autor inicial de las lesiones y médico tratante de estas), dado que el primer causante del daño puede en principio confiar en que el médico e incluso la propia víctima, se comporten cumpliendo el deber de cuidado que les es exigible normativamente; sin embargo, ésta institución dogmática será estudiada más adelante dado que corresponde a la obra de Jakobs.

3.4. La imputación objetiva en la obra de Günther Jakobs

Antes de iniciar con el desarrollo de las instituciones dogmáticas que fundamentan la teoría de la imputación objetiva desde esta posición doctrinal, es necesario decir que entre los fundamentos que sustentan la obra de Jakobs se encuentra el contexto en que se desarrolla el evento delictivo, así como el concepto de persona, de ahí que Jakobs sostenga que los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar, lo que implica tener una calidad de garante en relación a determinados bienes jurídicos. Además, entre

autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídicamente o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma. Si todos se comportan conforme a su rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia. Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes.

Ya en relación a las instituciones dogmáticas, es importante puntualizar que la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto, un segmento común a toda clase de delitos, ya sean dolosos o culposos, de acción u omisión. Con este componente de la sistemática se quiere significar, que no toda conducta que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos de la colectividad es relevante para el tipo penal, porque se requiere de un elemento adicional, y este consiste precisamente en que el peligro debe estar desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Para poder determinar desde la óptica de Jakobs si un peligro se encuentra prohibido, cobran vital importancia las siguientes instituciones: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo.

Si algo tienen en común estas instituciones, es que todas excluyen la tipicidad del comportamiento, dadas las valoraciones sociales que los legitiman (riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso), o por virtud de la especial configuración que la víctima le da al hecho (acciones a propio riesgo), el riesgo creado no está prohibido por el ordenamiento jurídico, lo que ciertamente excluye la tipicidad del comportamiento del agente.

En esta línea del pensamiento, es evidente que para Jakobs es insuficiente ya el modelo que se constriñe para imputar un resultado como la obra de un sujeto a la mera relación de causalidad, es necesario apoyarse ahora en otros elemento de carácter normativo como son precisamente, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las

acciones a propio riesgo, instituciones que se intentara desarrollar a continuación.

3.4.1. El riesgo permitido

Como fundamento del riesgo permitido, se afirma que los bienes jurídicos no pueden ser considerados como un conjunto de cosas intangibles e inmodificables; como piezas de museo sometidas únicamente a la observación del ciudadano. Los bienes jurídicos cumplen una determinada función; están ahí para facilitar la interacción social; el intercambio de bienes y servicios. Ante la imposibilidad de prohibir toda conducta que represente un peligro para los bienes jurídicos, la sociedad señala pautas de seguridad en la administración de riesgos. Si el ciudadano se comporta observando esos deberes de seguridad, el riesgo que pueda crear está jurídicamente permitido, y en consecuencia no le son imputables los peligros o lesiones que ocasione a los bienes jurídicos, es decir, lo único que puede hacer la sociedad es limitar el peligro y permitir el ejercicio de la actividad dentro de determinados límites. Este residuo de peligro socialmente tolerado es lo que, en términos generales, se denomina riesgo permitido.

“El riesgo permitido es una institución dogmática utilizada en la teoría jurídica del delito para negar la responsabilidad penal. Se basa en la idea de que existen actividades que no pueden ser objetivo de reproche penal a pesar de ser adecuadas para la producción del resultado típicamente desaprobado. La doctrina, tras descartar la posibilidad de apelar en estos casos a una falta de relación causal, decidió buscar la solución en el ámbito del delito imprudente. Con el tiempo, se fue entendiendo que la mera previsibilidad del resultado no podía servir para fundamentar la responsabilidad por imprudencia y que, en esa medida, no toda acción peligrosa podía ser considerada imprudente. Junto a la previsibilidad del resultado se hacía necesaria la infracción de un deber y, de ese modo, se reconocía la posibilidad de distinguir entre riesgos permitidos y no permitidos. A partir de ese momento, el riesgo permitido sufrió una evolución semejante a la del deber de cuidado y recibió una u otra ubicación sistemática en atención a la concreta concepción del delito imprudente que se

tomaba como referencia. Hubo también autores, sin embargo, para los que el riesgo permitido representaba una causa de justificación de carácter general que excluía la antijuridicidad de la conducta. Ello explica la gran confusión sistemática que durante mucho tiempo ha caracterizado a esta figura. Su tratamiento ha sido desarrollado en el plano de la tipicidad, en el de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad.”⁶⁹ Sin embargo, es importante decir que desde la posición doctrinal que en este momento se desarrolla, el riesgo permitido es ubicado sistemáticamente a nivel de la tipicidad, pues el riesgo permitido para Jakobs excluye el tipo.

“Con un carácter general, el riesgo permitido se utiliza para determinar el deber de cuidado y limitar con ello el alcance del tipo. El riesgo permitido impide que determinadas conductas tengan cabida dentro del tipo penal a pesar de que produzcan o puedan producir un resultado desaprobado. En concreto, se entiende que mediante la conducta amparada por el riesgo permitido no se puede llegar a realizar el tipo porque no se produce el desvalor de la acción.”⁷⁰

Sostiene Jakobs que “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido. Cuando las leyes determinan cómo ha de estar diseñado un automóvil o un avión para que sea seguro en el tráfico, o cuándo cabe reconocer lo que es un buen estándar de comportamiento médico, esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales. Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección de los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social... No obstante, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos y otros bienes.”⁷¹

⁶⁹ MARAVER GÓMEZ, MARIO, Riesgo permitido por legitimación histórica, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en Derecho Penal*, T. II, Coordinador Montealegre Lynett, Eduardo, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 213-214.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 216.

⁷¹ La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., pp. 23-24.

De ahí que para que la sociedad sea funcional deben tolerarse bajo el riesgo permitido ciertas conductas, en caso contrario se paralizaría esta.

No es únicamente la ley la que prohíbe determinadas conductas peligrosas, existen también ciertos grupos de profesionales que se han encargado de establecer determinadas reglas de carácter técnico que sirven para poder diferenciar entre una conducta permitida y la que no lo es. “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 por ciertos sectores profesionales, en especial de los médicos y, además las normas técnicas. Todo esto describe el estado debido a 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.”⁷² De ahí la importancia de éstas reglas técnicas para poder determinar en que consistió la infracción al deber de cuidado.

En esta orden de ideas, López Díaz⁷³ refiere que para saber como se determina en un caso concreto el riesgo permitido, han de tomarse en cuenta las normas jurídicas, las normas técnicas y la *lex artis*, la figura del modelo diferenciado, el deber de advertir el peligro y los deberes de información, así como el significado social del comportamiento.

En relación a las normas jurídicas, sostiene que el ordenamiento jurídico puede recoger en algunos de sus sectores las pautas de comportamiento que

⁷² JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y “el principio de confianza”, en *Estudios de Derecho Penal*, Trad. Enrique Peñaranda Ramos, España, Ed. Civitas, 1997, p. 213.

⁷³ Cfr. op. cit., pp. 112-118.

han de seguir los ciudadanos en la vida de relación, para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Con la prohibición de conductas, éstas dejan de ser socialmente adecuadas, y su quebrantamiento, en la medida en que no se presenten circunstancias excepcionales, crea un riesgo jurídicamente desaprobado.

Sobre este punto debo decir, que las normas jurídicas⁷⁴ si tienen un carácter vinculante para el juez dado que se trata en este tipo de casos de imperativos que el legislador ha elaborado con la finalidad de determinar con claridad las conductas no permitidas por considerarlas socialmente no adecuadas, dado que sobrepasan los límites de tolerancia establecidos por el riesgo permitido.

Las normas técnicas dice la autora, se refieren a que en algunos casos, las pautas de seguridad en el tráfico son recogidas por agremiaciones particulares, que se encargan de señalar los procedimientos a seguir en la ejecución de actividades que implican riesgo. Si bien estas regulaciones no tienen fuerza vinculante de una norma jurídica, pueden ser tomadas por el juez como indicadores del cuidado exigido en una situación concreta, por cuanto recogen la experiencia de las actividades profesionales en la administración de los riesgos.

Considero que con las normas técnicas, si bien no tienen una fuerza vinculante para el juez, lo cierto es que evidentemente le pueden orientar a decir el Derecho en razón de la facultad de arbitrio judicial con que cuenta el impartidor de justicia, y en este sentido poder determinar con la mayor certeza jurídica en que consistió la infracción al deber de cuidado, sin soslayar que podrá estar en aptitud de hacer un mejor y correcto juicio de tipicidad.

⁷⁴ Es importante señalar que para Jakobs el único elemento que tiene fuerza vinculante para el juez son las normas jurídicas, sostiene que “junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos aparecen las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es experiencia acendrada, pero, al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna.” Véase a JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación..., op. cit., p. 249.

Lo mismo puede sostenerse dice López Díaz, con respecto a la *lex artis*. Es decir, a las pautas de conducta que va generando el ejercicio de las profesiones; el desarrollo de la técnica va indicando qué tipo de comportamiento y de métodos debe observar el profesional, con respecto a situaciones que se repiten en el tiempo y en el espacio. Así, por ejemplo, el avance de la medicina crea reglas mínimas para el ejercicio de la actividad, señalando cómo debe actuar el médico cuando se encuentre ante determinados síntomas o cuadros clínicos. La inobservancia de esas reglas técnicas que va conformando cada profesional, pueden generar un riesgo no permitido.

Comparto este criterio, pues es claro que para los médicos cobra vital importancia la implementación de una adecuada técnica médico quirúrgica en el tratamiento de diversas alteraciones de la salud, así como la ética con que debe conducir su comportamiento, lo cual en su conjunto constituye la llamada *lex artis*, si se violenta ésta por el médico tratante, también servirá de marco de referencia para el juzgador al ponderar si existió o no, en el caso concreto, un riesgo jurídicamente desaprobado, sin embargo, como se ha señalado no tiene fuerza vinculante, únicamente servirá de indicio, salvo que ése criterio se encuentre positivizado en una norma oficial, como las emitidas por la Secretaría de Salud en México.

La figura del modelo diferenciado, consisten a decir de López Díaz, en que cuando no se cuenta con normas jurídicas o técnicas que señalen los estándares de seguridad, debe tomarse como modelo la conducta que hubiera seguido un hombre prudente y diligente, en la situación en que se encontraba el autor. En este caso, la pauta de comportamiento debe inferirse de la conducta que hubiera desarrollado una persona perteneciente al mismo ámbito de relación del autor. Esto significa que no se toma como punto de referencia a un hombre cualquiera, sino al titular de un arte u oficio idéntico al desempeñado por quien ejecutó la conducta.

Con el criterio sostenido por la autora que se cita, es evidente que se pone de manifiesto la concepción sostenida por Jakobs en relación al llamado

“rol” que cada individuo tiene dentro del conglomerado social, y por virtud del cual se determina su calidad de garante en relación a determinados bienes jurídicos de los cuales se tenga el deber de proteger, pues no se es garante de todos los bienes jurídicos existentes en el mundo de relación, sino únicamente de aquellos que tengan una relación directa con nuestro rol social.

Por cuanto hace al deber de advertir el peligro y los deberes de información, dice López Díaz, que esto se refiere a cuando alguien va a desplegar una determinada acción, el primer deber que tiene es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos; surge para él un deber de examen previo, es decir, determinar las condiciones en las cuales va a desarrollar su comportamiento, y calcular el probable desenlace del curso causal de los acontecimientos. Para ilustrar lo anterior, pone el siguiente ejemplo: si un médico va a realizar una operación, su primer deber es ordenar los exámenes técnicos correspondientes, con el fin de concretar exactamente su diagnóstico, y de esta manera poder orientar el tratamiento. Si los omite, y eran relevantes para una exitosa actividad curativa, puede estar creando un riesgo jurídicamente desaprobado. De este deber de examen previo surge el de valorar la propia capacidad del agente para realizar la acción, si alguien carece de la idoneidad suficiente para ejecutar una determinada actividad, su deber de cuidado es omitir la acción peligrosa.

Con los deberes de advertir el peligro y los llamados deberes de información, a mi juicio cobran gran relevancia dentro de la sistemática, la previsibilidad y evitabilidad del resultado por parte del agente, así como los casos de responsabilidad penal médica por impericia, dada la carencia de conocimientos, habilidades y destrezas en la actividad curativa, derivadas de la falta de información previa a la realización del acto médico, lo cual sería constitutivo de un delito culposos por impericia.

Finalmente la autora que se consulta, sostiene que cuando las pautas anteriores señaladas no sean suficientes para concretar el riesgo permitido, debemos acudir a los criterios materiales que legitiman la creación de un riesgo, es decir: la utilidad social del peligro, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de la empresa o la aceptación general del peligro.

Si bien la violación de la norma jurídica, de la norma técnica o de la *lex artis*, implica la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, hay casos en los cuales la violación de esas pautas de comportamiento no implica la imputación del resultado, sobre este tópico tenemos los siguientes supuestos:

“a) Siempre es necesario desarrollar el nexo existente entre la violación de la norma de cuidado y el resultado prohibido; no hay realización de riesgo cuando, a pesar de la infracción de la norma que prohíbe un peligro abstracto, el resultado se produce por circunstancias diversas. Por ejemplo, cuando un conductor realiza una maniobra prohibida de adelantamiento, pero el resultado se produce porque en ese momento explota una llanta del vehículo, que tenía defectos desconocidos en su construcción. En este caso no puede afirmarse que exista una conexión entre el quebrantamiento de la norma y el hecho producido.

b) Hay que determinar si la norma de cuidado infringida trataba de evitar ese tipo de comportamiento (fin de protección de la norma de cuidado). Si alguien conduce sin tener el permiso correspondiente, y se produce un accidente porque un peatón súbitamente irrumpe en la calzada, el resultado no se le puede imputar porque la norma que exige licencia de conducción, únicamente trata de evitar que personas inexpertas conduzcan un auto; la norma no pretende evitar que peatones imprudentes salten a la vía pública y sean atropellados.

c) En circunstancias excepcionales, para evitar el resultado se debe prescindir de la norma jurídica o de la norma técnica. Así, por ejemplo, en casos de emergencia, el médico de una lejana población rural, debe operar con métodos rudimentarios para salvar al paciente, contrariando las normas generales señaladas para esta clase de intervención.

d) Alguien puede violar la norma técnica en virtud del principio de confianza. Por ejemplo, un médico realiza erróneamente una intervención quirúrgica con base en exámenes clínicos mal elaborados por el laboratorio. A

pesar de la falla técnica, el médico no ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, porque en virtud del principio de confianza tenía derecho a esperar de sus colaboradores un comportamiento ajustado a su rol.”⁷⁵

Como ha quedado señalado, cada sociedad tolera ciertos riesgos que se convierten en riesgos permitidos, lo que trae como consecuencia ciertos costes y beneficios; sobre esto Jakobs⁷⁶ sostiene que la referencia a la adecuación social es demasiado genérica para poder determinar una concreción del riesgo permitido. De ahí que para alcanzar esa concreción, frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costos serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada. Sobre este tópico sostiene Jakobs que no pone en duda que consideraciones de esa índole pueden jugar un papel en el proceso de formación de la permisión de un riesgo; refiere que esto es perceptible claramente, en el caso del tráfico rodado, en el que, antes de convertir en obligatorias costosas medidas de seguridad, suele contraponerse la limitación de la libertad a la ganancia de seguridad de los bienes, intentando explicar esa relación a la población del modo más convincente. Sin embargo, sostiene también que para determinar si el tráfico rodado de los particulares merece los sacrificios que irremediamente conlleva, ya no son consideraciones jurídicas las que pueden ofrecer un criterio para fundamentar el riesgo permitido, sino que deberá atenderse a su legitimación histórica. Es decir, por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Para ejemplificar lo anterior recurre al ejemplo del tráfico rodado, y refiere que el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, normales o incluso

⁷⁵ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., pp. 115-116.

⁷⁶ Cfr. La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., pp. 34-36.

altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar. En razón de lo anterior, concluye que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila.

Sobre el riesgo permitido por legitimación histórica, Maraver Gómez, sostiene que “el riesgo permitido por legitimación histórica, es aquel en el que la cuestión acerca de la legitimación ha sido resuelta por parte de la sociedad. Es la sociedad, en estos casos, la que decide acerca de la ponderación. Esto no debe entenderse en el sentido de que la valoración social impide una decisión posterior por parte del derecho, pues es propio del derecho ir modificando muchas de las valoraciones sociales existentes acerca de los que debe o no debe hacerse. Lo que sucede, realmente, es que el reconocimiento social de un determinado riesgo informa ya acerca de la valoración actual del mismo y el derecho, en tanto que tal reconocimiento no sea puesto en duda, lo toma como referencia. Ello es así porque cuando una sociedad se configura definiendo un cierto contexto de interacción, resulta difícil atender a otro tipo de sociedad con otros criterios de valoración.”⁷⁷

No se soslaya que para Jakobs, “en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes han de soportar el coste han de tener carácter de anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar. Por ejemplo si ex ante se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la

⁷⁷ Op. cit., p. 212.

medida en que ex ante las víctimas sean anónimas, y ello porque ex ante también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporta.”⁷⁸ Los costes en la actividad riesgosa genera la restricción de determinados bienes únicamente para sujetos anónimos, pues estos también son portadores en su momento de los beneficios que reporta la actividad riesgosa.

En la concepción de Jakobs la ejecución de un rol genera unas posiciones de garante, (normativas) en el delito de acción y ofrece las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido un comportamiento. La estandarización del comportamiento a través de la ejecución de un rol parece, entonces, como un criterio de valoración de la conducta y en función del mismo se determinará cuándo existe un riesgo no permitido. Jakobs expone su tesis en dos ejemplos⁷⁹: en un primer caso se refiere al ingeniero que alquila un automóvil y descubre por sus especiales conocimientos técnicos que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador y un cliente que usa posteriormente el vehículo sufre un accidente. El otro ejemplo se refiere el estudiante de biología que trabaja por las tardes como camarero y cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de que sabe por sus estudios que es venenosa. De todos modos sirve la ensalada. Jakobs concluye que en ambos casos no se ha de responder por un homicidio porque ni el camarero ni el conductor han quebrantado el rol en que se mueven y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Aunque es cierto que tales comportamientos son tan extremadamente insolidarios que se debe responder por omisión de socorro.

En estos supuestos se pone de manifiesto que existe, en cualquier caso, una desaprobación del riesgo y la cuestión que se debe plantear es si este criterio de la ejecución de un rol es útil para determinar esa desaprobación.

⁷⁸ La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., pp. 36-37.

⁷⁹ Véase sobre estos ejemplos a JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., pp. 48-49; REYES ALVARADO, YESID, Imputación objetiva, op. cit., pp. 132-133, JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”, op. cit., pp. 214 – 215.

Para dar respuesta a esta problemática, Rueda Martín⁸⁰ hecha mano de un ejemplo propuesto por Jakobs y que consiste en lo siguiente: la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se esta desarrollando una violenta pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, exigiendo la entrega inmediata de una pala la valoración cambia. En este caso concurren una serie de datos que modifican el sentido social de la acción de venta de palas. El vendedor vendería una pala –contenido del rol- para ser utilizada en una pelea –contexto marcadamente delictivo-. En este supuesto dice Rueda Martín, se ve claramente que lo que atribuye un sentido social a la acción no es la ejecución de un rol configurado normativamente, sostiene que lo que modifica la valoración es precisamente el conocimiento. Un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción y el conocimiento integra el componente intelectual del dolo.⁸¹

Sobre esta temática, considero que la estandarización del comportamiento a que alude Jakobs al introducir a su sistemática la figura del rol social, tiene gran utilidad para determinar cuándo nos encontramos ante la presencia de una conducta que ha sobrepasado los límites del riesgo permitido, pues no se puede ser responsable de todo, existen límites de responsabilidad penal por virtud del rol social; sin embargo, también es importante tomar en cuenta como elemento adicional de valoración, el conocimiento del autor, es decir el aspecto subjetivo de cada sujeto en lo individual, y no únicamente restringirse a los criterios de estandarización generales que devienen del rol social como criterio de ponderación, pues es importante puntualizar que en otros casos la individualidad si tiene vital importancia en el momento de

⁸⁰ Cfr. op. cit., pp. 321-322.

⁸¹ Sobre esta línea del pensamiento consúltese también a Bernardo Feijóo, quien hace severas críticas a Jakobs en relación a la objetivización de los conocimientos especiales del autor, a través de la figura del rol social como criterio de ponderación del riesgo permitido. Feijóo sostiene que lo decisivo para la existencia del tipo es la creación dolosa de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado. El rol social no añade nada a los tradicionales requisitos de la teoría de la imputación objetiva. FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, Teoría de la imputación objetiva, estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, México, Ed. Ángel Editor, 2000, pp. 106-112.

ejecutar un determinado rol. Se sostiene lo anterior en base a las aportaciones hechas por Sancinetti quien demuestra en una forma convincente que Jakobs exige para el quebrantamiento del rol, el complemento del tipo subjetivo.

Sancinetti da contestación a la interrogante ¿rol sin individualidad?, de la siguiente manera: “El punto inicial podría constituirlo el concepto de “quebrantamiento del rol”. Según Jakobs, el hecho de que los roles “deben ser cumplidos”, es lo que hace posible “una orientación con base en patrones generales, sin conocimiento de las características individuales de una persona que actúa.”. “Sólo de este modo pueden hacerse posibles contactos anónimos o al menos parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos enfrente, sino que es tomado como portador de un rol”. “No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador de rol...”. Contra esto hay que destacar, en principio, que no hay por qué reconocer un valor en el hecho de que un rol social no varíe según las individualidades. Esto sería sobre todo, contrario a las relaciones sociales; todo mundo espera de cada individuo un cumplimiento de su rol no idéntico al individuo de al lado...Esto es igual en cualquier otro delito, y también en Jakobs, como lo demuestra ya el hecho de que para la configuración del ilícito haga falta, según él, el complemento del tipo subjetivo, lo que implica que el quebrantamiento del rol requiera un componente individual. Si al tipo objetivo le falta la correspondencia subjetiva entonces, cualitativamente, no configura un ilícito, pues efectos externos sin correspondencia subjetiva no están mencionados en las descripciones de los delitos particulares. Esto significa que la mera concurrencia de un tipo objetivo, un aparente quebrantamiento del rol, informa muy poco acerca del auténtico quebrantamiento del rol, más bien informa exteriormente que puede ser que alguien haya quebrantado su rol.”⁸²

También han de tomarse en cuenta al hacer la valoración de la responsabilidad penal, las capacidades especiales del autor, estos son exactamente los conocimientos especiales de los que el autor no ha de hacer uso porque no forman parte de su rol. “El vínculo entre conocimientos y rol

⁸² SANCINETTI, MARCELO A., Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal, Argentina, Ed., AD-HOC, 1997, pp. 126-128.

también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adopta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir conocimientos al margen del rol... si en el ejemplo antes mencionado del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consume un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que ha de responder de las consecuencias.

Aparte de la competencia por organización existe la competencia en virtud de un vínculo institucional. También en este ámbito puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. Probablemente sea ésta la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos a su tutela. Cuando un hijo se encuentra en una situación de necesidad y los padres –sea como fuere- conocen una solución, este conocimiento por lo general, pasa a formar parte de su rol de padres.”⁸³

Establecidos de manera general los criterios que fundamentan el riesgo permitido en la obra de Jakobs, se está en aptitud de formular las siguientes consideraciones:

a).- Ante la imposibilidad de prohibir toda conducta que represente un peligro para los bienes jurídicos, la sociedad ha señalado pautas de seguridad en la administración de riesgos, ese residuo de peligro socialmente tolerado es lo que se denomina riesgo permitido.

b).- Para Jakobs el riesgo permitido se ubica sistemáticamente a nivel de la tipicidad, pues para este autor el riesgo permitido excluye el tipo y por lo tanto la responsabilidad penal.

⁸³ JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., pp. 49-50.

c).- Para trazar con exactitud lo que esta dentro del límite del riesgo permitido se toma como principal indicador con fuerza vinculante para el juez, a las normas jurídicas, es decir, aquellas disposiciones legales emitidas por el legislador como únicas fuentes de conocimiento obligatorio para el juzgador.

d).- Las reglas técnicas, la *lex artis*, los conocimientos especiales de que disponga el autor, así como cualquier otra norma no penal, no tiene fuerza vinculante para el juez en la determinación del riesgo permitido, sin embargo, es importante tomarlas en cuenta como indicadores que normen el criterio del juez al momento de decir el Derecho, son meros indicios.

e).- Lo socialmente adecuado, especialmente cuando aparece como forma de permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, ni por el cálculo de costes y beneficios, sino que se legitima de manera histórica, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, es decir, por su propia evolución.

f).- La estandarización del comportamiento a través de la ejecución de un rol, sirve de criterio de valoración de la conducta y en función de éste se determina si existe o no, un riesgo permitido; sin embargo es importante tomar en cuenta que para poder determinar el quebrantamiento del rol se requiere de un componente individual, es decir del complemento del tipo subjetivo.

g).- Los conocimientos especiales, son aquellos conocimientos de los que el autor no ha de hacer uso porque no forman parte de su rol, por ello los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener, es decir, un conocimiento sin deber de conocer es un elemento antijurídico del delito. Luego, en la formulación del juicio de peligro los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta porque tal proceder es incompatible con el carácter objetivo que se predica de este nivel de imputación, sin embargo, existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los

demás casos y en los cuales se tiene la calidad de garante frente a determinados bienes jurídicos.

3.4.2. El principio de confianza

Iniciare el desarrollo de esta institución dogmática, diciendo que el principio de confianza es una manifestación del riesgo permitido, un supuesto específico de este, sin soslayar que juega un papel fundamental dentro de la denominada prohibición de regreso; en esa virtud y siendo congruente con lo señalado en el apartado que antecede, se puede afirmar que su ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva se encuentra a nivel de la tipicidad, por ello tiene la función de excluir la tipicidad del comportamiento.

El principio de confianza parte del supuesto de que una sociedad debe marchar de tal manera que todos sus ciudadanos deben llenar las expectativas de conducta que de ellos se esperan, razón por la cual cuando determinados comportamientos se alejan de los estándares trazados por la sociedad se recurre al empleo de mecanismos que como el Derecho tienen la pretensión de reglamentar las actividad de los sujetos en busca de ese ideal de convivencia social. Una forma de vida así debe estar edificada sobre el supuesto de un consenso entre los miembros del conglomerado social en relación con la necesidad de obedecer determinados patrones de comportamiento. Como consecuencia de ese consenso, surge la necesidad de que cada persona pueda organizar su actividad sobre el supuesto de que los demás se comporten también de manera reglamentaria, a pesar de que la experiencia enseñe que ello no siempre ocurre; a partir de estos supuestos se reconoce en la posición doctrinal de Jakobs la existencia de un principio de confianza que encierra precisamente la necesidad de tomar en cuenta como regla general de comportamiento que los ciudadanos se conduzcan de acuerdo a las perspectivas sociales de conducta. Si no existiera un principio de confianza que estableciera los aludidos patrones de comportamiento que se traducen en la confianza que cada sujeto tiene de que los demás también se comportarán de manera reglamentaria, diversas actividades de la vida diaria simplemente se

paralizarían, viviríamos desde mi punto de vista bajo el principio de desconfianza.

En esta línea del pensamiento, Jakobs sostiene que “el principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto, (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar). El principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso. No se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida riesgo permitido), sino que también se trata de responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.”⁸⁴ Se puede decir entonces, que el principio de confianza en un supuesto específico tanto del riesgo permitido como de la prohibición de regreso.

Sobre el principio de confianza también debe decirse que “el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente –de acuerdo con las reglas existentes- mientras no existan indicios de que ello no va a ser así. Por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, sino se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado. El principio de confianza, entonces, se refiere a aquellos casos en los que el sujeto que actúa “en principio” es responsable de la situación de riesgo por él creada o que a él corresponde controlar, y, en la interacción social, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso; al decir que “en principio” es responsable, entonces, queda claro

⁸⁴ Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación..., op. cit., pp. 253-254.

sencillamente se quiere decir que es una fuente de peligro cuya administración le corresponde al sujeto.”⁸⁵ Luego entonces, es en la interacción con otros sujetos cuando el que actúa en principio confía en que los demás se comportarán reglamentariamente.

Jakobs, en su obra intitulada *la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, sostiene que “el principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar. La confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.”⁸⁶ No es necesario que la conducta potencialmente defectuosa sea posterior al comportamiento del primer sujeto; puede también precederlo.

Por virtud de lo anterior, puede decirse que el principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos, en la autorresponsabilidad. La principal consecuencia, es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesiones bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

⁸⁵ CANCIO MELÍA, MANUEL, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, op. cit., pp. 77-78.

⁸⁶ op. cit., p. 25.

Sobre los fundamentos que edifican al principio de confianza, Reyes Alvarado⁸⁷, refiere que no es la experiencia general de la vida, ni la previsibilidad, ni tampoco la genérica referencia a una ponderación entre libertad de actuación y la protección de bienes jurídicos, los que sirven de fundamento a esta institución dogmática, el principio de confianza, dice, tiene su fundamento en el más genérico postulado de la autorresponsabilidad.

La autorresponsabilidad “respecto al principio de confianza autoriza a organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente, contiene una permisión de conducta y es por tanto una manifestación del riesgo permitido, lo cual de contera conduce necesariamente a admitir su aplicación respecto de toda clase de delitos y no solo en relación a los culposos como lo propone Roxin, quien con ello desconoce que el riesgo permitido es una figura que siendo elemento de la imputación objetiva es a su vez presupuesto común de delitos dolosos, culposos, tentados y consumados. Inaceptable resulta también la pretensión de considerar al principio de confianza como componente de una inevitabilidad que a su vez sería causal de justificación, pues una afirmación tal supondría el reconocimiento de que quien observa el principio de confianza se comporta “típicamente” (es decir despliega una conducta penalmente “injusta”) y solo resulta exonerado de responsabilidad por la presencia de la inevitabilidad del resultado como causal de justificación. Según ello, la única forma de que un conductor pudiera evitar la comisión de infinidad de conductas típicas sería la de renunciar al principio de confianza y en consecuencia conducir despacio para contrarrestar las imprudencias de los peatones, y detenerse en cada esquina para precaverse contra las posibles lesiones a su derecho de prioridad.”⁸⁸

El principio de confianza tiene gran significación práctica, especialmente para actividades realizadas con división del trabajo, por ejemplo en el campo de la medicina. En estos casos se parte del principio de que cada uno de los intervinientes en la actividad médica es competente sólo para dominar el riesgo

⁸⁷ Cfr. op. cit., pp. 143-145.

⁸⁸ Ibidem, pp. 145-146.

dentro de su ámbito de responsabilidad, es decir, el director responde por los defectos en la selección, supervisión y organización, el personal auxiliar puede fiarse, sin una revisión, de las indicaciones de quien es competente en la materia.

Este principio se extendió al trabajo en equipo dado que no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores. El puede esperar que cada uno de ellos cumplirá con la función asignada; en consecuencia, no infringe el riesgo permitido quien no toma medidas de precaución especiales, para el caso en que otro quebrante los deberes propios de su status.

En los casos de la actividad médica, “sólo se responde por defectos de comunicación y coordinación en su equipo de trabajo, o por instrucciones que no sean lo suficientemente claras, mas no por las eventuales incapacidades profesionales de alguno de ellos, o por la prestación indebida de sus colaboradores..., para que opere el principio de confianza, al interior del equipo médico deben estar claramente delimitados los ámbitos de responsabilidad.”⁸⁹ En caso contrario no opera el principio de confianza, dado que no hay certeza en la repartición de actividades en el trabajo en equipo.

Dado que en el mundo de relación existen diversas actividades profesionales que son realizadas bajo la división del trabajo, es decir, con una repartición de actividades, Jakobs apunta que “cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. Existe un principio de confianza.”⁹⁰ “A diferencia del riesgo permitido, en el que –si no entra en consideración una conducta defectuosa de terceras personas o de la propia víctima- todos los peligros que no sean compensados por el agente afectan a la víctima y son, por tanto, su infortunio, otra cosa sucede en el principio de confianza: lo que uno de los intervinientes no tiene que compensar tiene que compensarlo o haberlo compensado el otro,

⁸⁹ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., pp. 123-124.

⁹⁰ La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., p. 25.

en cuya diligencia cabe legítimamente confiar. Por consiguiente, para la resolución del conflicto no queda sólo la explicación a través de la responsabilidad de un interviniente o del infortunio de la víctima, sino que a ello se añade la solución de que sea responsable el otro sujeto que, defraudando la confianza, fue negligente. Con ello se designa lo específico del principio de confianza: este principio otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona. O, formulado de otra manera, el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de la responsabilidad.”⁹¹ Lo anterior viene a corroborar que esta institución dogmática se fundamente en el principio de autorresponsabilidad.

Una vez más haciendo un ejercicio de síntesis podemos señalar lo siguiente:

a) El principio de confianza es un supuesto específico del riesgo permitido y de la prohibición de regreso.

b) Se ubica sistemáticamente a nivel de la tipicidad.

c) Excluye la tipicidad del comportamiento y por lo tanto la responsabilidad penal.

d) Encierra la necesidad de tener en cuenta como regla general del comportamiento, que cada persona pueda organizar su actividad sobre el supuesto de confiar en que los demás se comportaran de manera reglamentaria.

e) El principio de confianza tiene su fundamento en el principio de autorresponsabilidad.

⁹¹ La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”..., op. cit., p. 219.

f) Tiene gran significación práctica en actividades realizadas en equipo, en donde existe división del trabajo, pues sostiene que no forma parte de los ciudadanos controlar de manera permanente a todos los demás.

g) Para que opere en el trabajo en equipo deben estar delimitados los ámbitos de responsabilidad.

3.4.2.1. Excepciones al principio de confianza

Para poder entender con mayor claridad las limitaciones al principio de confianza, diré que si en su aspecto positivo, como se acaba de ver, el fundamento del principio de confianza descansa en el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual puedo esperar que el otro se comporte reglamentariamente dentro del ámbito propio de su competencia; en sentido negativo se puede sostener, que deja de operar el aludido principio de confianza en aquellos casos en que existen inequívocos elementos de juicio de los cuales se infiera que un tercero no conducirá su comportamiento de manera reglamentaria, es decir bajo el principio de autorresponsabilidad, por ende se debe observar que el otro participante ha defraudado los deberes que emanan de su rol.

Entre los múltiples ejemplos que se han citado por la doctrina para ilustrar las excepciones al principio de confianza, se encuentra el del cirujano director de una operación el cual debe cambiar a su colaborador, cuando advierta que éste no se encuentra en plenas condiciones físicas para intervenir en la actividad quirúrgica; cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad, es decir, en tratándose de niños, enfermos mentales, o personas que se encuentran en estado de ebriedad o bajo el influjo de algún tipo de droga; cuando se advierta que el otro no cuenta con las capacidades técnicas suficientes para el desarrollo de ciertas tareas propias de su ciencia o arte, como puede ser el caso del médico especialista que no puede confiar en el estudiante de medicina, pues éste no tiene la pericia necesaria para apoyarlo en la intervención quirúrgica; etc.

En este orden de ideas, dice Jakobs que “el principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso. A modo de ejemplo: Ya no se confía en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, en el seno de un equipo, en el colega que de manera evidente se halla inmerso en un error.”⁹²

Mientras Jakobs se limita a señalar que cesa el principio de confianza cuando se tiene conocimiento de que el otro ha defraudado las expectativas de su rol, Reyes Alvarado⁹³ hace grandes aportaciones en este tema al señalar que no es el simple conocimiento de la incorrección de conductas ajenas lo que establece la limitación al principio de confianza y la necesidad de acomodar la propia conducta a las nuevas circunstancias, sino que se requiere además que quien de ello se percata sea competente para evitar el daño. En este sentido, dice que en el fondo el principio de confianza como manifestación del riesgo permitido, termina cuando a una persona en determinadas circunstancias le es exigida una específica forma de comportamiento; para ejemplificar lo anterior, pone el caso del médico que dirige un equipo quirúrgico el cual tiene la máxima responsabilidad por la forma como se desarrollen las actividades en las que su equipo interviene, de modo que si bien en principio puede confiar en la capacidad del personal, cuando se percate de que uno de sus colaboradores ha entendido en forma incorrecta una de sus instrucciones, está en la obligación de acomodar su conducta de manera tal que pueda evitar los daños que de esa equivocación puedan derivarse.

Otra cosa sucede cuando la restricción al principio de confianza se deriva de la posición de garante del autor, aquí, Reyes Alvarado sostiene que no basta la simple observación de una conducta incorrecta para concretar esa posición de garante como limitación al principio de confianza, ya que en

⁹² La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., p. 25.

⁹³ Véase op. cit., pp. 148-150.

principio se debe suponer que quien se comporta antirreglamentariamente enmendará su conducta, de modo que sólo cuando resulte claro que quien no se comporta en forma reglamentaria continuará con su indebida actuación, surgirá hasta entonces la limitación al principio de confianza para los garantes.

Trasladado este último argumento a la legislación penal mexicana, se pone de relieve que si alguien por virtud del artículo 7º, párrafo segundo, del Código Penal Federal, tiene el deber jurídico de proteger un bien jurídico, derivado de la ley, de un contrato o de su propio actuar precedente, luego, en su calidad de garante, ésta calidad específica de garante únicamente puede ser una limitación al principio de confianza cuando uno de los garantes advierte que otro garante, sin lugar a dudas no corregirá su comportamiento antirreglamentario y por lo tanto cesa la división del trabajo. Esto sucede por ejemplo, en el caso de una operación quirúrgica en donde intervienen varios profesionales de la salud, cada uno de estos es garante de proteger el bien jurídico, vida del paciente, pero si uno de los garantes se da cuenta que otro garante esta cerrando los ojos constantemente por el agobiante sueño que éste denota, se puede esperar que éste corrija su comportamiento no reglamentario, sin embargo no lo hace y quien en un primer momento observó que se estaba durmiendo y advierte posteriormente que finalmente esta a punto de desvanecerse por el intenso sueño, es precisamente en este momento en donde no habiendo otra alternativa de comportamiento del otro garante, cesa el principio de confianza pues ya no puede esperarse de este garante la corrección de su conducta antirreglamentaria, y es por ello que se diga también, que la limitación al principio de confianza se deriva de la posición de garante del autor.

En razón de lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

a) El principio de confianza concluye cuando la división del trabajo pierde su sentido, dado que algunos de los participantes no ha cumplido con las exigencias de su rol.

b) No opera cuando se ha quebrantado el principio de autorresponsabilidad.

c) Cesa el principio de confianza cuando a uno de los partícipes en la división del trabajo, en determinadas circunstancias le es exigida una específica forma de comportamiento.

d) Sólo cuando resulte claro que quien no se comporta en forma reglamentaria continuará con su indebida actuación, surgirá entonces la limitación al principio de confianza para los garantes.

e) No basta con tener conocimiento de que otro a quebrantado su rol, es necesario también, que quien se percate sea competente para evitar el daño.

3.4.3. La prohibición de regreso

Corresponde conocer ahora en que consiste otra de las instituciones dogmática de la imputación objetiva, me refiero precisamente a la prohibición de regreso, la cual se encuentra ubicada sistemáticamente en el tercer nivel analítico de la imputación del comportamiento, pues le preceden el riesgo permitido y el principio de confianza; igual que éstos, la prohibición de regreso es un indicador de la sistemática en estudio que anula la tipicidad de la conducta y por ende la imputación del comportamiento.

El instituto de la prohibición de regreso, en su concepción moderna se ha gestado dentro de la teoría de la imputación objetiva, como una necesidad de delimitar los ámbitos de responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en una determinada relación de causalidad, prohibiendo tajantemente el *regressum ad infinitum*, característico de la teoría de la equivalencia de las condiciones, por ello la prohibición de regreso se le puede considerar como una limitación al juicio de imputación.

La antigua doctrina penal de la prohibición de regreso, sostenía que la relación causal se interrumpe cuando entremedio aparece un autor que actúa

dolosa y culpablemente; ésta concepción fue abandonada, pues, existe o no relación de causalidad; pero, si existe, por ejemplo, porque la conducta descuidada del actuante fue la que en definitiva posibilitó el hecho doloso del segundo actuante, entonces, es inconcebible aceptar su interrupción. La doctrina mayoritaria considera inaceptable la tesis de la interrupción del nexo de causalidad en virtud de la intervención dolosa de un tercero. Debe recordarse que de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones no se admite ninguna interrupción, en razón de que todas las condiciones tienen el mismo valor y además contribuyen en la misma forma a la producción del resultado dañoso. En este sentido, para esta teoría, es tan importante la conducta de quien favorece imprudentemente el comportamiento del autor, como la de quien dolosamente ocasiona el resultado en último lugar.

Dentro de la corriente funcionalista del delito, se le atribuye a Jakobs el haber desarrollado la teoría de la imputación objetiva en el marco tradicional de la teoría de la autoría y participación. La idea de la prohibición de regreso ha encontrado en este marco un lugar de desarrollo y se ha convertido en un principio metódico para la objetivación de la teoría de la autoría y participación.

Cancio Meliá señala que hoy en día, “esta institución no tiene prácticamente nada en común –en cuanto a la formulación dogmática- con la antigua idea de prohibición de regreso como interrupción del curso causal en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso, ha sido desarrollada como parte de la teoría de la imputación objetiva en los últimos tiempos sobre todo por Jakobs.”⁹⁴ Congruente con lo anterior, López Díaz, sostiene que la prohibición de regresos “a sido reformulada tanto en su fundamentación como en su campo de aplicación. En la actualidad se trata de un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para este “participe”. Son casos de “participación aparente”, en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo

⁹⁴ Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva..., op. cit., pp. 81-82.

permitido.”⁹⁵ Por eso se dice que esta prohibido el regreso de la responsabilidad penal hacia el partícipe aparente.

“La teoría de la prohibición de regreso, de acuerdo con su comprensión habitual, pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de las condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado...Conforme a la teoría de la prohibición de regreso, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero.”⁹⁶ Evidentemente que con la nueva concepción de la prohibición de regreso lo que se pretende es contrarrestar los excesos en que incurrió la teoría de la equivalencia de las condiciones, delimitando con mayor certeza los ámbitos de responsabilidad penal.

Para la prohibición de regreso, como regla de imputación, se alegan diversas fundamentaciones dogmáticas, entre las cuales según Puppe destacan las siguientes: “una primera fundamentación consiste en señalar que el auxilio a un hecho delictivo doloso de un tercero tiene sólo el contenido de desvalor de una complicidad y no puede penarse porque la ley no prevé el castigo de la complicidad imprudente. Este argumento presupone que exista en los hechos imprudentes una diferencia entre autoría y complicidad, y que ésta sea reconocida como relevante. Pero la doctrina dominante y la praxis parten, más bien, del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, esto es, que no reconocen una diferenciación entre autor y cómplice. Esta situación jurídica podría ciertamente ser distinta si, cuando menos conceptualmente, fuese posible una diferenciación tal. Pero todos los elementos de la autoría (tanto el dominio del hecho como el animus auctoris y el animus socii) están referidos a un plan de acción común puesto en marcha conscientemente y que implica el dolo, sea como intención, sea como dolo directus o eventualis. Sin el

⁹⁵ Op. cit., p. 130.

⁹⁶ JAKOBS, GÜNTHER, La prohibición de regreso en los delitos de resultado, estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, en *La prohibición de regreso en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios No. 11, 1998, pp. 102-103.

dolo de actuar no puede quedar más que una diferenciación puramente externa entre el primer sujeto actuante como cómplice y el segundo sujeto actuante como autor. Sin embargo, tal diferenciación externa no proporciona una diferencia de injusto entre la autoría imprudente y la complicidad imprudente. Por esta razón, el concepto unitario de autor es el único criterio correcto en el ámbito de la imprudencia. La segunda fundamentación de la prohibición de regreso, como prohibición de imputación, y que aparece en combinación con la primera, se le conoce como el principio de autorresponsabilidad. Según este principio, a un autor sólo puede imputársele el resultado antijurídico causado directamente por él –esto es, sin intermediación de otra acción humana-, pues una persona sólo podría ser hecha responsable por su propio comportamiento y no por el de otra...La tercera fundamentación consiste, una vez más, en la afirmación de que en el resultado causado dolosamente por otro sólo se realiza el riesgo de su delito doloso, no el de un delito imprudente precedente.”⁹⁷ Estas tres fundamentaciones dogmáticas han contribuido ciertamente a la construcción de la nueva concepción de la prohibición de regreso.

Así, desde la posición doctrinal de Jakobs “el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.”⁹⁸ “Prohibición de regreso es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento. Más bien se encuentra ante él como cualquiera y responde por tanto, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de otra fundamentación o por omisión de

⁹⁷ PUPPE, INGEBORG, La imputación del resultado en Derecho Penal, Trad. Percy García Cavero, Perú, Ed. ARA Editores, 2003, pp. 211-213.

⁹⁸ La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., p. 26.

socorro.”⁹⁹ El que quebranta su rol como segundo interviniente en la relación de causalidad, no puede imputar su conducta socialmente desaprobado al primer participante quien actúa de manera inocua, es decir ajustando su comportamiento al riesgo permitido.

La fundamentación de la prohibición de regreso en Jakobs consiste en que para él, la prohibición de regreso se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo. Pone varios ejemplos para explicar su propuesta dogmática, entre estos se encuentran: “el del autor que compra una barra de pan para envenenarla; o el del autor que toma como pretexto un juicio seguido en contra de un correligionario suyo para asesinar al Ministro de justicia; o el del autor que va en taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos estos casos, se parte de la base de que el respectivo tercero –panadero, el presidente del Tribunal, el conductor del taxi- conoce lo que va a suceder. Estos casos se pueden intentar solucionar partiendo del hecho de que elementos tan cotidianos como un alimento, o algo que pueda definirse arbitrariamente como motivo de un delito, o una posibilidad de transporte, siempre están disponibles, de modo que la prohibición de este tipo de aportaciones no es susceptible de evitar, de hecho, el comportamiento del autor. No obstante, en el mejor de los casos, este modo de argumentar sólo atinaría a medias, pues, desde luego, bien puede suceder que en el caso concreto fuese posible evitar el comportamiento del autor. Pero incluso si esto sucediera, y he aquí el punto decisivo, la aportación del tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo. El autor no puede por su parte modificar esta definición del significado del comportamiento, ya que en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol; comportamiento común del que no forma parte un delito.”¹⁰⁰ Por ello los comportamientos inocuos no tienen relevancia penal.

⁹⁹ La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”..., op. cit., p. 218.

¹⁰⁰ La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., pp. 26-27.

En estos casos es evidente que no hay nada en común entre los sujetos; por el contrario, el autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo; en este caso, sólo él responde. Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes.

En otra parte, Jakobs sostiene que “la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño. Ejemplo: El deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor; aquí no cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio...La limitación de responsabilidad afecta naturalmente también a los hechos imprudentes (en los que el Derecho vigente no distingue según formas de participación). Ejemplo: Si en el caso acabado de mencionar falta el dolo, pero no la previsibilidad del curso causal, el que realiza el pago tampoco responderá (por homicidio imprudente). La realización del tipo se define aquí como consecuencia de la voluntad del que lleva a cabo la desviación y de este modo queda distanciada del agente anterior.”¹⁰¹ La falta de previsibilidad no es suficiente para atribuir también el resultado a quien hace la entrega del dinero.

En el supuesto del deudor y acreedor, Jakobs refiere que “entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Bien es cierto que en tal caso la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tiene en común con el autor –pues dicha persona consintió en transferir la prestación al autor-, no obstante lo cual, lo que de común hay carece de todo significado delictivo; de ahí que el sujeto no haya quebrantado su rol inocuo. Aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la

¹⁰¹ Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación..., op. cit., p. 259-269.

prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo –hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo-, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente...Nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales,"¹⁰² dado que su aportación al curso lesivo carece de relevancia penal.

Apuntado lo anterior, se esta en aptitud de concluir lo siguiente:

a) Para la teoría de la imputación objetiva, la prohibición de regreso anula la tipicidad del comportamiento.

b) Delimita los ámbitos de responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en una relación de causalidad, evitando los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

c) Se trata de casos de participación aparente, en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido.

d) Existe prohibición de regreso cuando un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. Es decir, quien lleva a cabo en primer lugar un comportamiento adecuado, no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento.

e) Los comportamientos inocuos o cotidianos no adquieren significado delictivo cuando el autor los incluye en sus planes.

f) No es posible hacer juicio de imputación a personas que podían evitar el curso lesivo, pues la no evitación no implica el quebrantamiento de su rol, dado que su aportación inicial es inocua.

¹⁰² La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., p. 61.

3.4.3.1. Limitantes para que opere la prohibición de regreso

Si como se ha visto, en la obra de Jakobs se parte de la premisa de que nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad; si otro la quiere producir unilateralmente, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero, éste no resulta afectado por ello, dado que su comportamiento es inocuo, pues en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol; sin embargo, Jakobs sostiene que esto no quiere decir que la prohibición de regreso sea un criterio absoluto, sino que tiene sus limitantes, dado que no siempre la actividad dolosa subsiguiente conduce a la impunidad de quien ha creado la situación peligrosa precedente. La fundamentación de esta idea se basa en la existencia de una posición de garante del tercero partícipe, es decir, la existencia de que una posición de garante impide la aceptación de una prohibición de regreso; sobre este tópico Jakobs puntualiza lo siguiente:

“Si, por tanto, el primero en actuar no se convierte, por la conexión que otro establece arbitrariamente, en garante de la evitación del curso dañoso en que el otro transforma el acontecimiento, esto no significa sin embargo que aquél no pueda ser competente, por otras razones, de la evitación de dicho curso. Una prohibición de regreso indica sólo que así no se puede fundamentar la responsabilidad, pero no que no pueda fundamentarse de otra manera. Si aquél que quiere dejar a su familia o cambia de religión es amenazado en tal caso con la muerte de su propio hijo, no es garante ciertamente de la vida de éste por la conexión arbitrariamente establecida por otro, pero sí por el vínculo que en cualquier caso existe entre padres e hijos.”¹⁰³

Puede afirmarse que para esta sistemática, existen conductas que en si mismas son inocuas, carentes de relevancia penal, sin embargo, pueden volverse prohibidas cuando quien favorece la situación de peligro tiene la

¹⁰³ La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”..., op. cit., p. 216.

calidad de garante para salvaguardar determinados bienes jurídicos, lo cual evidentemente puede suceder tanto en el ámbito personal como institucional en que participe el garante.

A éste grupo de casos en que la prohibición de regreso no elimina la responsabilidad, se suma la relativa a la omisión de socorro o de denuncia de la comisión de un delito. A modo de ejemplo: quien habiendo recibido en préstamo una pistola la devuelve justo en el momento en el que quien se la prestó va a usarla para cometer un asesinato, siendo este hecho conocido, responde por un delito de omisión de socorro si el asesinato finalmente se comete. Por ello, Jakobs sostiene que “los deberes que incumben a todos existen y subsisten con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro modo, cuando el rol de ciudadano impone de manera excepcional deberes de auxilio, éstos mantienen su plena vigencia aunque de por sí concurriese la prohibición de regreso.”¹⁰⁴

Tampoco la prohibición de regreso elimina la responsabilidad, en aquellos casos en que el tercero participante crea con su comportamiento una comunidad con el autor, de tal manera que favorece que éste, lleve a cabo la comisión de un delito que tenía la finalidad de realizar. Nuevamente un ejemplo: quien transfiere a otro, un arma de fuego sin contar con la autorización correspondiente de la Secretaría de la Defensa Nacional, es decir, violando las disposiciones previstas por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, no puede argumentar a su favor que lo que ocurra con el arma de fuego no es de su incumbencia, pues la prohibición legal significa que a él concierne el uso del arma por su peligrosidad y entre las condiciones de esa peligrosidad se encuentra también la posibilidad de su utilización delictiva. Por ello como señala Jakobs, “quien entrega el arma responde por participación en el delito cometido por el receptor; la comunidad, es decir, el sentido objetivamente favorecedor del delito que tiene la entrega del arma no deriva, como alguno podría pensar, del conocimiento de los planes del receptor, sino que viene

¹⁰⁴ La imputación objetiva en Derecho Penal..., op. cit., p. 63.

impuesta por la significación legalmente establecida, esto es, precisamente por la prohibición de la transmisión del arma.”¹⁰⁵

El último supuesto que limita la prohibición de regreso, según Jakobs es aquel “cuando el sentido de la conducta depende de que el otro la prosiga de forma delictiva, pues entonces esta prosecución no es una consecuencia arbitrariamente impuesta por un sujeto diferente, sino el contenido que uno mismo ha elegido para el comportamiento. Nos hallamos ante los casos normales de la inducción y la complicidad: el primero colabora con otro con alguien que ejecuta un delito; el sentido delictivo es, entonces, el sentido común a ambos...dicho una vez más con un ejemplo: Quien alberga a su amigo durante unas cuantas noches del mismo modo como sucedió siempre hasta ese momento cada vez que pasaba por allí, no comete un encubrimiento, no siquiera si el amigo, en esta ocasión, se encuentra fugado de los órganos de persecución penal y ello con independencia de si el que lo alberga lo sabe. Pero quien oculta al amigo en el desván o en el sótano se comporta objetivamente como un encubridor.”¹⁰⁶

Haciendo un ejercicio de síntesis, se exponen los siguientes puntos:

a) La posición de garante del que actúo de manera inocua no impide la prohibición de regreso.

b) No siempre la actividad dolosa subsiguiente conduce a la impunidad de quien ha creado la situación peligrosa precedente.

c) En la omisión de socorro o de denuncia no opera la prohibición de regreso para eliminar la responsabilidad penal, dado que hay deberes de ciudadano.

d) La prohibición de regreso no elimina la responsabilidad penal cuando el tercero participante crea con su comportamiento una comunidad con el autor

¹⁰⁵ La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”..., op. cit., p. 217.

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 217-218.

y favorece que este lleve a cabo la comisión del delito que tenía la finalidad de realizar.

3.4.4. Las acciones a propio riesgo

Como nota introductoria cabe decir, que dentro de la teoría del delito no es frecuente que la víctima tenga un papel destacado en el marco de las reflexiones, por el contrario es evidente que ha jugado un papel marginal al considerársele únicamente como sujeto pasivo, titular del bien jurídico, o incluso como mero objeto material del delito, sin embargo, para la teoría de la imputación objetiva tiene gran relevancia su estudio, fundamentalmente en tratándose del sistema de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus propios bienes, es decir, en aquellos supuestos de hecho en que la conducta de la víctima, de la persona lesionada por una conducta de otro, puede adquirir relevancia de algún modo en la producción de la lesión de sus propios bienes, y, concretamente, también en la valoración jurídico-penal del comportamiento del otro sujeto interviniente, me refiero precisamente al del autor.

Como ya se ha señalado, la teoría de la imputación objetiva, viene a reformular la tipicidad objetiva. Desde esta perspectiva, implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Uno de los sectores en los que la imputación objetiva puede ser el marco sistemático adecuado es el relativo a la cuestión de la determinación de esos ámbitos de responsabilidad en los casos en los que concurre en la creación de un riesgo la persona que posteriormente resulta lesionada.

Luego, la cuarta y última institución dogmática del comportamiento se refiere a la importancia 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 *victima*. Esta intervención de la víctima puede incidir de manera directa en la eliminación del carácter típico de

la conducta del primer sujeto, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la propia víctima. En este orden de ideas, puede decirse que las llamadas *acciones a propio riesgo* son un indicador que anula la tipicidad del comportamiento y por ende, el injusto penal.

Puede que la consecuencia dañosa incumba a la víctima misma por su propio comportamiento o, sencillamente, porque ella tenga que soportar la desgracia, de ahí que se hable de *acciones a propio riesgo*; dentro de éste genérico concepto, “se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico, realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo, convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido.”¹⁰⁷ Existen 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”; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de “acciones a propio riesgo””.¹⁰⁸

Refiere Jakobs que “en los últimos decenios ha quedado demostrado que no es el dato psíquico de la voluntad lo que fundamenta la competencia de la víctima, sino la ampliación de las obligaciones de autoprotección que se expresa en el acto de voluntad. Pero esta ampliación puede tener lugar también sin el dato volitivo, esto es, por una conducta que tiene el significado objetivo de una aceptación de la conducta peligrosa ajena. Se habla en tales casos de una actuación a propio riesgo. 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

¹⁰⁷ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., p. 141.

¹⁰⁸ JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., p. 28.

se produce, por tanto, a riesgo propio.”¹⁰⁹ Por ello se puede decir, que el tercero participe no es garante de los bienes jurídicos de la víctima a quien innegablemente le corresponde cumplir con sus deberes de autoprotección.

Existen diversos casos que ilustran y se enmarcan en la hipótesis de las acciones a propio riesgo, entre estos se encuentran los siguientes:

a) Un sujeto con pleno conocimiento de la embriaguez de su amigo, y conciente por lo tanto de la situación de riesgo, sube al vehículo conducido por éste, durante el trayecto se produce un accidente en donde el sujeto que no se encontraba ebrio muere fatídicamente.

b) Dos amigos, A y B, que se encuentran en estado de embriaguez, acuerdan llevar a cabo una competición de motos, no obstante su estado de ebriedad. A pierde la vida en el desarrollo de la carrera.

c) Un sujeto entrega a otro una jeringa que contiene droga para que se la inyecte; éste último sujeto muere a consecuencia de una sobredosis.

d) A que es portador de VIH-positivo, tiene relaciones sexuales con B, a quien previamente le había informado de su enfermedad incurable, no obstante B insiste en mantener relaciones sexuales con A, a lo que finalmente éste accede.

En relación al supuesto de hechos señalado en el inciso a), Reyes Alvarado en su obra intitulada *Imputación Objetiva*, refiere que “podría decirse que la conformidad y el consentimiento suponen una “dolosa” aceptación del daño. En contraposición, existen eventos en los que ese “dolo” no existe, pero debido a un inconsciente y despreocupado trato con algunos bienes se producen daños no queridos;...podríamos decir entonces que en estas situaciones el daño es producto no del “dolo” sino de la “imprudencia” del titular del bien. Estas son las hipótesis que suelen denominarse “acciones de propio

¹⁰⁹ La imputación objetiva, especialmente en las instituciones jurídico-penales, del “riesgo permitido”, “la prohibición de regreso” y “el principio de confianza”..., op. cit., p. 221.

peligro”, las cuales relevan de responsabilidad al causante del daño. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien decide ir de pasajero en un vehículo cuyo conductor no está en condiciones de comportarse adecuadamente dentro del tráfico automotor debido a su estado de ebriedad; en casos como este no es que el autor tenga la intención de lesionarse sino que asume voluntariamente un riesgo del cual pueden eventualmente derivarse nocivas consecuencias para sus bienes.

En las acciones de propio peligro es determinante la competencia que el titular del bien tiene respecto de la evitación de los daños, y no la simple reconocibilidad del peligro, en el ejemplo propuesto resulta claro que inicialmente es el conductor el competente para evitar los daños con una correcta conducción del su vehículo, pero cuando consciente del estado de ebriedad del conductor alguien decide acompañarse en el auto como pasajero, asume la competencia para evitar los daños que para él puedan derivarse como consecuencia de la imprudente conducción del automotor.”¹¹⁰ Por ello se puede decir, que quien dentro del ámbito de su competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume íntegramente la responsabilidad de dichos efectos dañosos sobre sus propios bienes jurídicos.

La asunción de responsabilidad por parte de la víctima no desaparece por el sólo hecho de que un tercero que también participa en los hechos conozca mejor que el autor los peligros a los cuales se expone. Sobre este tema, Reyes Alvarado sostiene que “el problema no se resuelve a favor o en contra de quien posea los mejores conocimientos, sino de quien tenga competencia; por eso quien no es competente para evitar un daño no tiene obligación de impedirlo aun cuando disponga de mejores conocimientos o capacidades para hacerlo.”¹¹¹

¹¹⁰ Op. cit., pp. 167-168.

¹¹¹ Ibidem, p. 168.

Con una evidencia empírica se ha resuelto en Alemania por el Tribunal Supremo de Baviera el supuesto identificado con el inciso d), se absolvió de la acusación al portador del virus del VIH-positivo, con los siguientes argumentos:

“Según la jurisprudencia del BGH, aquél que solamente promueve, hace posible o favorece la autopuesta en peligro decidida y llevada a cabo de manera autorresponsable, no puede ser sancionado regularmente por un delito de lesiones o de homicidio, aun cuando se realice el riesgo aportado conscientemente por éste. Quien toma parte en una autopuesta en peligro decidida de manera autorresponsable, participa en un suceso que –en consideración a la punición por uno de los delitos mencionados- no representa ningún hecho en el sentido de los...25, 26, 27 I StGB”. Más adelante se dice: “Una autopuesta en peligro existe si alguien emprende acciones de autopuesta en peligro o entra en un peligro ya existente. Por el contrario, se tratará de una heteropuesta en peligro consentida, si alguien se expone a un peligro que amenaza directamente a otro, siendo plenamente conciente del riesgo, esto es, si solo el autor tiene el dominio del hecho sobre el suceso que provoca la puesta en peligro del bien jurídico y la víctima se expone únicamente a las consecuencias de la acción peligrosa del autor, de manera que su suerte está finalmente en las manos del autor. (...) En el caso de las relaciones sexuales efectuadas con el consentimiento respectivo, la pareja dominó conjuntamente el suceso. Cada uno de ellos, en principio, tuvo la posibilidad en todo momento de intervenir de manera decisiva en el curso de los hechos; ella pudo en todo momento interrumpir el contacto sexual o disminuir su peligrosidad mediante el empleo de preservativos, (...) Aun cuando tenga que partirse del hecho de que el inculpado tuvo, junto con la víctima, el co-dominio del hecho, (...) esto no se opone al hecho de que éste sólo ha cooperado en una autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima.”¹¹²

En relación al caso antes citado, Puppe, en su obra llamada la Imputación del Resultado en Derecho Penal, dice que “si bien el ciudadano mayor de edad es libre para decidir él mismo a que peligros se expone y cómo

¹¹² PUPPE, INGEBORG, op. cit., pp. 223-224.

se protege de ellos, no se trata de eximir al autor y cargar exclusivamente a la víctima con el riesgo creado en común, sino de que decida libremente sobre su tutela sin influjo o aprovechamiento de un tercero. Por esta razón, esta permitido contribuir a la autopuesta en peligro de otro en tanto exista libertad por parte de este otro. En el presente caso, la muchacha se expuso libremente al riesgo de una infección con el sida; la iniciativa partió incluso de ella. El inculpado cumplió con su deber de cuidado al advertirle plenamente del riesgo y no ejercer sobre ella ningún tipo de coacción.”¹¹³

Considero que en el supuesto a que se ha hecho referencia, es evidente que la víctima al haber expuesto sus bienes jurídicos de manera libre y con conocimiento pleno y potencial de las consecuencias que eran inminentes se podían derivar del contacto sexual con un portador de VIH positivo ha relevado de responsabilidad penal al tercero participante, pues no obstante que éste hubiera creado o favorecido la acción peligrosa, fue la propia víctima quien organizo y controlo la situación de peligro con división del trabajo que finalmente ocasionó la lesión de sus propios bienes jurídicos, dado que actuó de manera autorresponsable violentando sus deberes de autoprotección de sus propios bienes jurídicos.

En razón de lo anterior, es incuestionable que para la teoría de la imputación objetiva la víctima también puede ser sujeto de imputación en razón de su competencia y deberes de autoprotección. López Díaz ha señalado con puntualidad que “según esta concepción, el ilícito consiste en arrogarse un ámbito de organización ajeno. En consecuencia, no hay arrogación de los bienes de otro cuando, con división del trabajo, ha sido la propia víctima quien ha configurado y moldeado su propia autolesión. Si al momento de la realización del riesgo es ella quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado en la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol; es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son

¹¹³ Ibidem, p. 227.

exigibles, como principal garante de la protección de sus propios bienes.”¹¹⁴ En tal virtud no es posible que se genere el injusto penal para el tercero participante dado el consentimiento que la propia víctima ha dado para su autolesión, por ello como bien lo sostiene Jakobs, “aquello que habitualmente se llama consentimiento o actuación a propio riesgo impide que se genere injusto, porque priva a la organización ajena del elemento de la arrogación,”¹¹⁵ es decir, el tercero participante no puede atribuirse la lesión de los bienes jurídicos de la propia víctima, lo que hace atípico su comportamiento.

Dado que para la sistemática en estudio es importante tomar en cuenta dentro de los ámbitos de responsabilidad penal a la propia víctima, quien como se ha dicho puede ser sujeto de imputación, es importante preguntarse para abordar la relevancia del comportamiento de la víctima, qué importancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes jurídicos lesionados el que intervenga con el autor y sobre todo cuál es la fundamentación de esa especial relevancia de la víctima. Sobre esta materia Cancio Meliá, refiere con claridad que “la fundamentación de esta especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse –cuando ello se hace, lo que no es nada común- bajo el rótulo del “principio de autorresponsabilidad”.¹¹⁶

Para explicar en que consiste el aludido principio de autorresponsabilidad, el autor que se cita sostiene que “entre los extremos metodológicos de una pura deducción de un *principio de autorresponsabilidad* de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal existe también la vía intermedia –adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión –de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del artículo 10.1 de la Constitución española –o de otras normas constitucionales similares-, que establece el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento de la organización social, no

¹¹⁴ Op. cit., p. 150.

¹¹⁵ La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte, en *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., p. 396.

¹¹⁶ Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva..., op. cit., p. 90.

puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta implica, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes – más densa que la que puede existir respecto de los bienes de cualquier otro – debe manifestarse –cuando junto al titular intervenga otro sujeto- en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implica privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existe. Como punto de partida previa a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.”¹¹⁷

De lo anterior se puede decir, que en una sociedad que establezca el libre desarrollo de la personalidad como base de su organización social, los miembros del conglomerado social actúan en su mundo circundante bajo el binomio *autonomía – responsabilidad*, lo cual estimo, debe ser interpretado como la libertad con que cuenta todo sujeto y los límites que éste debe anteponer a esa libertad, es decir, al sujeto dentro de la esfera de su competencia le corresponde establecer los límites de su propia libertad, así como de sus propios excesos, lo que implica la prohibición de lesionar bienes jurídicos ajenos, pero cuando lo que se decide lesionar son bienes propios de

¹¹⁷ CANCIO MELIÁ, MANUEL, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima), Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 19, 2001, pp. 48-50.

manera autorresponsable se esta haciendo uso precisamente de esa libertad de libre desarrollo de la personalidad a que alude Cancio Meliá, es decir del libre albedrío; libertad constitucional que bien puede hallar su fundamento en nuestro régimen constitucional en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en el primero de los numerales se haya contenida la garantía de que todo individuo por el solo hecho de encontrarse en territorio mexicano gozará de las garantías individuales que consagra la Constitución, entre estas, la garantía de ser una persona libre; con relación al segundo numeral, en su párrafo tercero se establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo que pone de relieve en primer lugar, el binomio *autonomía-responsabilidad*, y en segundo lugar, la libertad del libre desarrollo de la personalidad. Luego, sí que es posible para la construcción del modelo dogmático, echar mano del principio de autorresponsabilidad que sustenta la teoría de la imputación objetiva.

Existe dentro de la teoría de la imputación objetiva otra institución dogmática denominada, la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, Cancio Meliá sostiene que “esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que -en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima -en segundo lugar-, la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada autorresponsable, y – finalmente, en tercer lugar- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.”¹¹⁸ Dicho en otras palabras, para que se releve de responsabilidad penal al tercero participe deberá haber una acción conjunta entre víctima y autor, el tercero no debe convertirse en autor mediato, utilizando como mero instrumento a la víctima, y además no deberá tener la

¹¹⁸ Ibidem, pp. 52-53.

calidad de garante sobre los bienes jurídicos de la víctima, en caso contrario, no se hablará de una imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, sino del tercero participante.

Finalmente es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

a) Las acciones a propio riesgo anulan la tipicidad del comportamiento del tercero participante.

b) En las acciones a propio riesgo un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes.

c) En las acciones a propio riesgo la víctima incumple con sus deberes de autoprotección.

d) Quien dentro del ámbito de su competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para si mismo consecuencias negativas asume íntegramente la responsabilidad de dichos efectos dañosos sobre sus propios bienes jurídicos.

e) La víctima asume la responsabilidad de la lesión de sus propios bienes, relevando de responsabilidad al tercero participante.

f) No desaparece la responsabilidad para la víctima aunque el tercero participe tenga mayores conocimientos que la víctima sobre los peligros a que se expone.

g) Quien no es competente para evitar un daño no tiene la obligación para impedirlo.

h) Para la teoría de la imputación objetiva, la víctima puede ser sujeto de imputación en razón de su competencia y deberes de autoprotección.

i) Las acciones a propio riesgo se fundamentan en el principio de autorresponsabilidad y en el de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

j) La autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes jurídicos.

3.4.5. Presupuestos básicos para que se estructure una acción a propio riesgo

Los presupuestos que la sistemática en estudio ha establecido para que se actualice una acción a propio riesgo y por ende se excluya la tipicidad del comportamiento de un tercero participante, atribuyendo la conducta lesiva a la propia víctima titular del bien jurídico lesionado, son los siguientes:

a) En la actividad organizada conjuntamente por autor y víctima, ésta debe tener el dominio funcional del hecho.

b) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, que además no haya sido instrumentalizada por el autor.

c) Que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima, es decir, no debe tener la calidad de garante en relación a los bienes jurídicos de quien se autopone en peligro.

Establecido lo anterior, paso a desarrollar brevemente cada uno de los presupuestos que fundamentan una acción a propio riesgo.

3.4.5.1. La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa

Se ha sostenido la idea de atribuir la responsabilidad del resultado, bajo el criterio que se sustenta en una secuencia de temporalidad en relación al

momento de intervención de cada uno de los sujetos, a saber, autor y víctima; es decir, que quien actúa en último lugar es quien irremediablemente toma la decisión definitiva acerca de la realización del hecho.

En este orden de ideas deben establecerse inicialmente los supuestos en los que puede decirse que la víctima tiene el dominio funcional del hecho en la formulación de una acción a propio riesgo, se trata de tres momentos; en primer lugar, que el comportamiento de la víctima sea posterior al del tercero; en segundo lugar, que el comportamiento de la víctima y el del tercero sea simultánea; y en tercer lugar, que el comportamiento del tercero sea posterior al de la propia víctima.

Cuando el comportamiento de la víctima es posterior al del tercero, “como se deja en manos de la propia víctima el dominio de la decisión sobre el aporte producido por el tercero, no existe dificultad en afirmar que quien se autopone en peligro tiene bajo su control el desarrollo de la situación de riesgo. En consecuencia, el hecho debe atribuirse al ámbito de responsabilidad de la víctima, porque es ella la que ha organizado, con división de tareas, su propia lesión.”¹¹⁹ Puede aplicarse aquí, el ejemplo del paciente que después de haber sido intervenido quirúrgicamente de un brazo es dado de alta con la indicación de acudir a curación cada tercer día, sin embargo el paciente hace caso omiso a estas indicaciones y se pone a nadar en aguas contaminadas, a consecuencia de esto sufre una grave infección en la herida, que desemboca en gangrena, lo que trae como resultado la correspondiente amputación del brazo que previamente había sido intervenido quirúrgicamente.

En la segunda hipótesis que se refiere a que el comportamiento de la víctima y del tercero sea simultáneo, es importante decir que en este tipo de casos en los cuales concurren tanto la persona que se lesiona como la otra persona, actuando conjuntamente en último lugar, “la víctima se lesiona en alguna medida a sí misma, porque participa en la decisión acerca de si se lleva a cabo el hecho, este tipo de casos pueden ser asignados al ámbito de la

¹¹⁹ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., p. 152.

autolesión: no se priva a la víctima de la decisión acerca de si el hecho se lleva a cabo o no.”¹²⁰

Lo anterior se puede ejemplificar con el caso que ya se expuso con antelación, relativo al contagio de VIH positivo por contacto sexual, en donde tanto autor como víctima contribuyen a la realización del hecho de manera conciente y voluntaria, y en donde además la víctima tiene en todo momento el dominio del hecho, pues como se señaló, bien podía interrumpir el contacto sexual o evitarlo con el uso de preservativos, lo cual no hizo, consintiendo en todo momento la afectación a su salud, por ende configurándose una autolesión, y no heterolesión, pues ésta se actualizaría cuando el dominio de la víctima se acaba antes que el del tercero, a partir de ese momento el tercero interviniente (es decir quien crea la situación de riesgo) responde de una heterolesión.

En este orden de ideas, es importante saber por qué razón, cuando hay codominio del hecho entre quien crea la situación peligrosa y quien actúa a propio riesgo, se excluye la imputación. Sobre este asunto, se ha dicho que “porque en la coautoría también hay accesoriedad. Si se acepta una fundamentación basada en el argumento de la participación delictiva, el tercero debe ser considerado como coautor, porque es titular del dominio del hecho. No obstante, por regla general para que se pueda responder a título de coautor, es necesario que los demás que actúan conjuntamente también, puedan ser penados, a título de autor, por un hecho típico. En consecuencia, si el que se autolesiona no realiza una conducta punible, a los otros intervinientes no se les podría imputar ese comportamiento para integrar el tipo penal.”¹²¹ Es decir, no puede integrarse el tipo penal cuando el aporte de la víctima no constituye ninguna conducta típica, lo que releva de responsabilidad penal al otro autor, es decir, al tercero participante.

¹²⁰ JAKOBS, GÜNTHER, La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte, en Estudios de Derecho Penal, op. cit., p. 402.

¹²¹ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., p. 154.

En el último supuesto, cuando el comportamiento del tercero sea posterior al de la víctima, debe decirse que no obstante que el tercero sea quien actúa con posterioridad a la víctima, sigue teniendo ésta el dominio del hecho delictivo, pues ciertamente tiene la capacidad de evitar el resultado lesivo. “El hecho naturalista de que el tercero actúe en último lugar no es, *per se*, jurídicamente relevante. Lo importante es quién era competente para la evitación del resultado en el momento en que el riesgo se realiza. En consecuencia, siempre habrá acción a propio riesgo cuando la competencia de la víctima es posterior a la del tercero.”¹²²

Para ilustrar lo anterior se hace referencia al siguiente ejemplo citado por Jakobs: “si un médico enfermo en cama ordena a su ama de llaves un día de invierno ventilar la habitación abriendo la ventana y la puerta en cuanto él se haya quedado dormido, no es cometido del ama de llaves instruir al médico acerca de las malas consecuencias que una corriente de aire frío puede tener para personas enfermas, aunque sea ella la que al abrir las ventanas deja entrar, actuando en último lugar y de propia mano, el aire frío. El sentido de su comportamiento se agota en la ejecución de lo que se le ha encomendado. Las consecuencias que se plantean respecto de la salud del médico no le atañen en nada.”¹²³ Aquí resulta claro que hay una responsabilidad de la propia víctima, pues el ama de llaves dada su competencia que se constriñe al cuidado del hogar, y no al contexto del cuidado de la salud, en nada es responsable pues no estaba dentro del ámbito de su rol el de informar al médico de las posibles consecuencias que lo ordenado por éste le acarrearían.

Como conclusión se puede decir que dentro de los presupuestos básicos para que se actualice una acción a propio riesgo, se requiere que la víctima tenga en todo momento el dominio funcional del hecho, es decir, que pueda decidir sobre el sí y el como en la formulación de su acción arriesgada.

¹²² Ibidem, p. 155.

¹²³ La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte, en *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., p. 399.

Existen tres momentos en que la propia víctima tiene el dominio y control del hecho, a saber:

- a) Cuando el comportamiento de la víctima es posterior al del tercero;
- b) Cuando el comportamiento de la víctima y el del tercero es simultáneo;
- c) Cuando el comportamiento del tercero es posterior al de la propia víctima.

3.4.5.2. La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. (el peligro debe ser conocido y cognoscible)

Si se parte de la idea de que el principio de autorresponsabilidad conlleva el binomio autonomía–responsabilidad, que consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes, podemos sostener con certeza, que para que la actuación a propio riesgo de la víctima excluya la imputación del tercero, el titular del bien jurídico sometido a una situación de peligro debe ser un sujeto autorresponsable, lo que evidentemente conlleva la idea de que se trate de una persona imputable, que tenga plena conciencia y libre autodeterminación en su lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos, es decir de su autolesión, pues si actúa como mero instrumento de otro, no surte el supuesto en estudio.

En razón de lo anterior, “sólo puede considerarse que el hecho es obra de la víctima, cuando ésta puede decidir sobre el si y el cómo de la actividad riesgosa. Si no se trata de un sujeto autorresponsable, el hecho se explicaría mejor como obra de quien actúa desde atrás, quien pasaría a tener el dominio sobre la decisión, convirtiendo a quien se autopone en peligro en un mero

instrumento del autor mediato.”¹²⁴ Es decir, si la competencia de la víctima es la que se fundamenta en último lugar, estamos ante un caso de autolesión. Pero ello sólo es así si la víctima no es utilizada como instrumento de un autor mediato, ya que en el hecho de un autor mediato, el comportamiento concluye cuando éste deja de mantener al instrumento bajo su control, de manera que respecto de este hecho es el autor mediato quién necesariamente actúa en último lugar.

Se ha dicho qué uno de los problemas que se presentan para poder determinar si se trata o no de una autolesión es cuando el tercero tiene mayores conocimientos que la víctima, es decir, qué cuenta con mayor nivel de información sobre una determinada situación de riesgo, como en tratándose de las relaciones sexuales entre homosexuales en donde uno de ellos sabe porque así se le informó su médico, que es portador del virus del sida, y no obstante, mantiene relaciones sexuales con otro sujeto homosexual, quien desconoce que es portador de dicha enfermedad incurable y mortal.

En este supuesto de hecho, Jakobs sostiene que sí hay autolesión, dado que “si hay autolesión de quien adquiere la enfermedad cuando conciente mantener relaciones sexuales sabiendo ambos la infección del otro, entonces también tiene que haber autolesión cuando uno de los sujetos no conoce la enfermedad del otro, pero sólo porque no tiene en cuenta lo que sería asunto suyo tener en cuenta.”¹²⁵ Es decir, lo que Jakobs quiere decir, es que a pesar de que la víctima desconocía con certeza que el tercero era portador del sida, lo cierto es que, dado que lo que si sabía era que el autor pertenecía a un grupo vulnerable y de alto riesgo por su calidad de homosexual, evidentemente podía inferir las consecuencias de su acción, pues el peligro le era cognoscible, ya que no tuvo en cuenta lo que podía haber tomado en cuenta, lo que trae como consecuencia la exclusión de responsabilidad penal del tercero.

¹²⁴ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, op. cit., p. 158.

¹²⁵ La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte, en *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., p. 405.

Otra cosa sucede, cuando el tercero por virtud del error o engaño de que se vale, a la víctima no le es posible conocer la situación de riesgo creada por el autor, supuesto en el cual lógicamente no se puede hablar de autolesión, sino de autoría mediata, en donde el autor responderá de los daños ocasionados al bien jurídico de la víctima.

Por lo anterior, se puede afirmar que para que pueda hablarse de una acción a propio riesgo, es indispensable que exista como presupuesto básico el que la víctima sea un sujeto que actúa de manera autorresponsable y no como mero instrumento del autor mediato.

3.4.5.3. El tercero no debe tener una especial situación de protección al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro

Para explicar este requisito que releva de responsabilidad penal al tercero en relación al comportamiento de la víctima, puede recurrirse nuevamente al ejemplo del médico que encontrándose enfermo da instrucciones a su ama de llaves para que cuando éste se encuentre dormido abra las ventanas de su habitación, de donde se pone de relieve que no es competencia de la ama de llaves instruir al médico acerca de las malas consecuencias que una corriente de frío puede tener para personas enfermas, dado que a ella no le atañen las consecuencias de la salud del médico, ella no es garante de su salud; en este supuesto de hecho y en virtud de que el tercero (ama de llaves) no tiene una especial situación de protección del bien jurídico de la víctima (médico), se actualiza entonces la hipótesis de una acción a propio riesgo, una autolesión a los bienes de la víctima.

En razón de lo anterior, Jakobs ha sostenido que “tiene validez general, la regla según la cual sólo pueden imputarse aquellas consecuencias de cuya evitación es garante el autor, esto es, que se generan en un contexto de comportamiento que atañe al autor.”¹²⁶ En este sentido, únicamente podrá ser

¹²⁶ Ibidem, p.400.

imputable al autor la lesión a los bienes jurídicos de la víctima, sí es garante de dichos bienes, en caso contrario y por exclusión a esta regla general, si no tiene esa calidad específica de garante, es imputable el resultado a la propia víctima.

Por otra parte, no puede aceptarse como criterio general que toda acción a propio riesgo excluya la posición de garante del tercero. López Díaz, refiere que “la acción a propio riesgo de la víctima no excluye la imputación al tercero, cuando éste tiene deberes especiales de protección con respecto a la persona que se autopone en peligro. Esos deberes pueden surgir porque el tercero ha organizado el peligro (competencia en virtud de organización), o porque existe un deber institucional (competencia en virtud de una institución). En el primer caso se trata de deberes de seguridad que surgen del tráfico jurídico, como, por ejemplo, el del patrón con respecto a la observancia de los reglamentos de protección de la empresa. El propietario debe velar porque sus empleados observen las normas de seguridad en el trabajo. Si uno de ellos se autolesiona, su acción a propio riesgo no puede excluir la imputación al patrono, pues éste tiene el deber de evitar ese tipo de conductas en el contexto de la actividad laboral. En el segundo caso, se trata de deberes que surgen de instituciones socialmente establecidas. Por ejemplo, el padre está en la obligación de evitar conductas autolesivas de sus hijos.”¹²⁷ En consecuencia, cuando se tiene deberes especiales de protección en relación a los bienes jurídicos de la víctima, no se releva de responsabilidad al tercero que interviene como garante de quien se autolesiona, en caso contrario, si que se trata de una autolesión o acción a propio riesgo.

Puede concluirse que únicamente podrá ser imputable al autor, la lesión a los bienes jurídicos de la víctima, sí es garante de dichos bienes, en caso contrario y por exclusión a esta regla general, si no tiene esa calidad específica de garante, es imputable el resultado al titular de los bienes jurídicos lesionados, es decir a la propia víctima, constituyéndose así otro de los presupuestos básicos para que se estructure una acción a propio riesgo.

¹²⁷ Op. cit., pp. 162-163.

3.4.6. El consentimiento y su delimitación con la actuación a propio riesgo

Es evidente que en el mundo de relación numerosos bienes jurídicos de relevancia penal están sujetos a disposición de su titular, lo que trae como consecuencia, que en esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente. Sin embargo, si bien existen determinados bienes que están a disposición de su titular, también existen otros de los cuales éste no puede disponer, como lo es la propia vida.

En relación a los bienes que no son disponibles, como la vida, Cancio Meliá, refiere que esto ya es un obstáculo para que opere el consentimiento, pues “la existencia de normas limitadoras de la disposición sobre determinados bienes genera un obstáculo esencial para esta aproximación: si se concibe – como sucede con el consentimiento “normal”, que es cuasi-doloso desde el punto de vista de la víctima- el resultado (hipotético), es decir, la entidad y la clase de lesión del objeto del bien jurídico, como objeto del consentimiento parece que quedan automáticamente excluidos como supuestos relevantes un gran número de comportamientos de puesta en peligro, puesto que a menudo se tratará de riesgos que pueden afectar a bienes jurídicos vedados a un sacrificio por parte de su titular, de modo que parecería ya desde un principio que el consentimiento no podrá ser más que una figura marginal en este ámbito. En efecto, ello ha llevado a que se afirme que el consentimiento carece de relevancia en este ámbito, al menos cuando el riesgo afecta a bienes –como la vida- sobre cuya lesión no cabe disposición válida: en consecuencia, el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecerá jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor.”¹²⁸Lo anterior es así, en virtud de que lo que se lesionó finalmente fue un bien jurídico no disponible, como lo es precisamente la vida.

¹²⁸ CANCIO MELIÁ, MANUEL, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 2ª ed., Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor, 2001, p. 181.

Establecido lo anterior, es importante saber qué es lo que excluye el consentimiento; para Jakobs el consentimiento puede excluir el tipo, pero también puede excluir la antijuridicidad de la conducta como causa de justificación, es decir se habla de un consentimiento justificante.¹²⁹ Por eso hace la delimitación entre ambas formas de exclusión del injusto, al señalar que “también fuera del ámbito del acuerdo, el consentimiento en la lesión de bienes de los que su titular tiene derecho a disponer excluye el tipo. Ejemplo: el que rapar el pelo o tomar anticonceptivos constituyen lesiones o sean atípicos, o el que cavar un césped o derribar un árbol constituyan delito de daños o sean atípicos, se rige por la voluntad del titular del bien. Los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables, aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocimiento en general.”¹³⁰ El consentimiento al excluir lo negativo del comportamiento y del resultado, excluye el tipo.

Al explicar Jakobs el consentimiento justificante sostiene que “en este consentimiento justificante, que aparece junto al consentimiento excluyente del tipo y al acuerdo excluyente del tipo, se encuadran aquellos casos de consentimiento en una lesión en los que el bien afectado no tiene función de intercambio, es decir, no es medio de desarrollar la personalidad. El empleo excepcional de uno de estos bienes como medio es posible sólo en una situación especial, y supone una defraudación de expectativas que no se

¹²⁹ Véase a REYES ALVARADO, YESID, op. cit., pp. 166-167, quien refiere que la ubicación sistemática del consentimiento sigue siendo ampliamente discutida a nivel doctrinal, donde una corriente de opinión se inclina por mantener su consideración tradicional como causal de justificación, un segundo grupo de autores se muestran partidarios de tratar al consentimiento como una excluyente de tipicidad, y finalmente hay quienes consideran que existen eventos en los que el consentimiento excluye la tipicidad pero también hipótesis en las cuales él actúa como causal de justificación. Por mi parte debo decir, que en México se considera al consentimiento como una causal de justificación, que anula la antijuridicidad de la conducta, según se desprende del artículo 15, fracción III, del Código Penal Federal.

¹³⁰ Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación..., op. cit., pp. 293-294.

puede solucionar con el consentimiento solo, sino que requiere tener en cuenta el contexto. Ejemplo: la extirpación de un riñón por parte de un médico para realizar un trasplante, a pesar del consentimiento del donante, se distingue de una mera donación de sangre en que, debido a la importancia del bien, sólo cabe fundamentar una disposición sobre éste en una situación excepcional (contexto).¹³¹ Se trata de casos en donde el bien jurídico no es intercambiable, es decir, que pueda ser disponible libremente por su titular, sin soslayar que debe tomarse en cuenta el contexto en particular, pues se trata de casos excepcionales.

Otro de los aspectos importantes del consentimiento opera también en la heterolesión, en donde ésta surte si la competencia del autor se genera después de la de la víctima; sin embargo, el hecho de que concurra una heterolesión no implica automáticamente que haya injusto, ya que puede ser que quien sufre la lesión participe en su lesión a través de su consentimiento, excluyendo de este modo que se genere un injusto.

En tratándose de la autolesión, sí ésta se actualiza en todos aquellos casos en los que la competencia de la víctima en cuanto a su autoprotección no se genere antes de que se fundamente la competencia de los demás partícipes, y es la propia víctima la que decide acerca de sí se realiza el comportamiento; luego entonces, el consentimiento en una autopuesta en peligro realizada por otro, deberá referirse a aquéllos casos en los que una persona no se arriesga a sí misma, sino que se hace poner en peligro por otro.

Luego entonces, “el consentimiento de la lesión sólo es una modalidad de fundamentación de la competencia de la víctima respecto de su lesión. Dicho a modo de ejemplo: quien pide a un sujeto que evidentemente se halla ebrio que le lleve en su automóvil, debe adscribirse a sí mismo la consecuencia de lesión en caso de accidente, careciendo de importancia a tal efecto que haya consentido en ella en sentido literal o que sólo la haya reconocido o que –

¹³¹ Ibidem, p. 295.

quizás por indiferencia- no haya reflexionado al respecto.”¹³² En este caso la víctima se hizo poner en peligro por otro.

Es necesario ahora, hacer la distinción que existe entre la participación en una autopuesta en peligro y el consentimiento. Sobre el particular López Díaz,¹³³ puntualiza las siguientes diferencias:

a) En la acción a propio riesgo, la víctima se coloca con sus propias acciones frente a un peligro existente. Es la víctima quien, en división de tareas, organiza la lesión. Esto no acontece en el consentimiento, porque en él la víctima deja en manos del autor la decisión sobre el si y el como de la lesión al bien jurídico.

b) En la acción a propio riesgo, la competencia de la víctima para cumplir con sus deberes de autoprotección, evitando toda conducta que pueda lesionar o poner en peligro sus propios bienes, surge con posterioridad a la del tercero.

c) En el consentimiento, la víctima acepta que alguien, el tercero, cause un daño posteriormente.

d) En la acción a propio riesgo, generalmente lo que se está aceptando es la puesta en peligro de un bien jurídico, porque siempre se tiene la confianza en un desenlace feliz. En el consentimiento, el titular del bien jurídico acepta, con certeza, que se va a producir la lesión o el daño. El consentimiento apunta al resultado lesivo, no a la simple situación peligrosa.

Como puede observarse, para la autora que se cita, en el consentimiento el titular del bien jurídico se somete a la determinación del autor, perdiendo la víctima el dominio funcional del hecho, sin soslayar que acepta con certeza que el resultado lesivo se producirá a costa de sus propios bienes jurídicos.

¹³² JAKOBS, GÜNTHER, La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte, en *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., p. 411.

¹³³ Cfr. op. cit., pp. 164-167.

Haciendo un ejercicio de síntesis, se está en aptitud de señalar que existen bienes jurídicos de los cuales la víctima puede disponer libremente, sin embargo, hay otros en los que no es posible llevar a cabo esa disposición o intercambio, como lo es con el bien jurídico vida.

El consentimiento para poner en peligro la propia vida, no opera, ni como excluyente del tipo, ni como causal de justificación.

Para Jakobs el consentimiento tiene dos variables que relevan de responsabilidad penal al autor de la lesión del bien jurídico, ya sea como excluyente de tipicidad o como causa de justificación. Jakobs acepta las dos formas en que el consentimiento excluye de responsabilidad al autor y la traslada al ámbito de responsabilidad de la propia víctima.

La hipótesis que considera al consentimiento como excluyente de la tipicidad, opera únicamente tratándose de bienes jurídicos disponibles.

La hipótesis que considera al consentimiento como causa de justificación, opera únicamente tratándose de bienes jurídicos no intercambiables, es decir, que no puedan ser disponibles libremente por su titular; sin embargo debe tomarse en cuenta el contexto en particular, pues se trata de casos excepcionales.

3.5. Críticas a la Teoría de la Imputación Objetiva

Si lo que se pretende con la elaboración de la presente tesis doctoral, es precisamente hacer una propuesta de tipo dogmático que sirva como herramienta en la procuración y administración de justicia en México, concretamente en la resolución de casos en donde exista la comisión de un delito culposo derivado del acto médico, es de suma importancia entonces someter a una falsación¹³⁴ el modelo teórico en que se sustenta la teoría de la

¹³⁴ Karl Popper considera el progreso científico no como la acumulación de observaciones, sino como el repetido derrocamiento de teorías científicas y su reemplazo por otras mejores o más satisfactorias (carácter permanentemente revolucionario de la ciencia). Tal derrocamiento no acaece de súbito, sino

imputación objetiva, es decir, lo que se pretende es someter a crítica algunos de los postulados en que se sustenta la sistemática en estudio, y de esta manera poder observar a la luz del campo dogmático las posibles debilidades de la teoría en estudio, para que con posterioridad y como siguiente paso, se pueda estar en aptitud de saber, sí a pesar de las críticas que se le han hecho, es capaz de subsistir en el campo dogmático y en consecuencia pueda justificarse como modelo teórico en el enjuiciamiento penal mexicano.

Se hace la aclaración, que únicamente se abordaran algunas de las críticas que se hacen a los presupuestos teóricos de la teoría de la imputación objetiva, principalmente en donde confluyen con mayor frecuencia éstas, pues existen más, pero por cuestión de método únicamente se comentaran las que se ha observado son más recurrentes dentro de la dogmática jurídico-penal.

En este tenor, se puede decir que la teoría de la imputación objetiva, tiene como se ha visto, fundamentalmente su desarrollo en el tipo objetivo de los delitos de resultado, donde se establecen determinadas exigencias típicas objetivas que, pese a la revolución que han generado en el ámbito de la tipicidad objetiva, suponen en cierta medida un regreso a las posiciones neokantianas que fueron combatidas por Welzel. Por esta razón las críticas dirigidas a estos planteamientos de la teoría de la imputación objetiva proceden de la teoría personal de lo injusto, centrándose principalmente en el terreno de los delitos dolosos, no así en el ámbito del delito imprudente, en donde incluso se ha dicho que los criterios normativos de esta clase de delitos pueden ser aplicados en la determinación del injusto doloso.

gracias a los esfuerzos de los científicos por diseñar experimentos y observaciones interesantes con el fin de testar (corroborar) las teorías, especialmente las teorías nuevas. En tal sentido, Popper propone un método alternativo al inductivismo: la interpretación deductivista, denominada falsación, método que sirve no sólo como criterio de demarcación, sino también como mecanismo para poner a prueba teorías buscándoles falsadores potenciales y facilitar, en última, el crecimiento de la ciencia. Más adelante Popper refiere que para llegar a una buena teoría, debe partirse de una metodología que parta de la investigación de problemas que se esperan resolver. Frente a ellos se ofrece una solución tentativa a través de la formulación de teorías, hipótesis, conjeturas. Las diversas teorías competitivas son comparadas y discutidas críticamente con miras a detectar sus deficiencias. Finalmente, surgen los resultados de la discusión crítica. Sobre este tópico Cfr. JARAMILLO ECHEVERRI, LUIS GUILLERMO y AGUIRRE GARCÍA, JUAN CARLOS, La controversia Kuhn . Popper en torno al progreso científico y sus posibles aportes a la enseñanza de las ciencias, Cinta de Moebio, No. 20, septiembre 2004, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, <http://www.moebio.uchile.cl/20/frames05.htm>

En relación a la problemática de resolver la determinación del delito doloso, Rueda Martín,¹³⁵ en su obra intitulada la teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, señala que el objetivo del que se ocupa la moderna teoría de la imputación objetiva es la atribución de un determinado sentido social típico a la acción mediante una serie de criterios normativos descritos en la siguiente fórmula general: un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida. Todos estos criterios pertenecen al ámbito de la valoración del comportamiento y su formulación se lleva a cabo, sin tener en cuenta las estructuras materiales de la imputación, es decir, la finalidad actual y el contenido de la voluntad, por ello dice la autora citada, lo que hay que cuestionarse es, sí al prescindir de estas estructuras, esta en condiciones de captar el sentido social de las acciones y si se logra delimitar realmente de un modo correcto el alcance de los tipos a través de estos criterios; estas dudas se plantean fundamentalmente en el primer requisito de la teoría de la imputación objetiva, el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues se ha llegado a decir que la teoría de la imputación objetiva en la creación de un riesgo tiene lugar con total independencia de lo que el sujeto quiere y conoce, lo cual ha sido motivo de severas críticas.

Los pilares de la teoría de la imputación objetiva se centran de manera fundamental en la creación de un riesgo desaprobado y su realización en el resultado, por ello, una dirección de la crítica fundamentalmente aunque no sólo finalista se dirige al pretendido carácter objetivo de la creación de un riesgo desaprobado y su realización en el resultado, pues se ha sostenido por sus críticos que “la imposibilidad de realizar un juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado se debe a que la cuestión de la permisón o prohibición de una determinada acción depende también de los conocimientos especiales del autor, si alguien entrega a otro un vehículo y posteriormente se produce un accidente mortal a consecuencia de un defecto

¹³⁵ Cfr. op. cit., pp. 98-102.

en el sistema de frenos, la respuesta a la pregunta de si en la entrega existió o no una creación del peligro desaprobado depende de los conocimientos que tuviera el que la realiza. Si se conoce tal defecto se crea evidentemente un riesgo desaprobado en el acto de la entrega, mientras que si falta este conocimiento la solución puede ser otra (y si concurren determinadas condiciones, de hecho, es otra). En todo caso, no puede llegarse a una solución sin considerar lo subjetivo. Pero no sólo esto. Una vez que se ha penetrado en el ámbito de lo subjetivo, la vuelta hacia el juicio de peligro resulta innecesaria. En el supuesto de ausencia de conocimiento es obvia la exclusión de un delito doloso. Y si el que entrega el vehículo ha llegado a conocer el defecto, lo racional es seguir preguntando si ha querido o ha tenido en cuenta la producción del resultado en lugar de regresar otra vez a la creación del peligro (aunque sea pretendidamente) objetivo desaprobado.”¹³⁶ Con esto evidentemente se puede afirmar que la crítica va encaminada a sostener por los detractores de la teoría de la imputación objetiva, que no es posible hacer un juicio de imputación tomando en cuenta únicamente lo puramente objetivo, pues el ámbito de lo subjetivo evidentemente que tiene fundamental relevancia.

Autores como Struensee, postulan de manera substancial dos aspectos en contra de la teoría que nos ocupa; por una parte, la superficialidad de la imputación objetiva en los delitos dolosos; y por otra, la necesaria inclusión de elementos subjetivos en el juicio de imputación.

Sobre los conocimientos especiales, Struensee, sostiene que “se debe hacer contra el conocimiento especial, como característica del tipo objetivo – sea ahora como elemento del tipo o presupuesto de la imputación, dogmáticamente a la deriva-, una objeción fundamental. Hasta hoy no ha sido intentado ni siquiera una vez a modo de ensayo, el designar criterios según los cuales se pueda determinar cuáles contenidos de la conciencia se deben incluir en el conocimiento especial, y cuáles pertenecen al tipo subjetivo.”¹³⁷ Con esto

¹³⁶ FRISCH, WOLFGANG, op. cit., p. 42.

¹³⁷ STRUENSEE, EBERHARD, Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo, en *La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XX, II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Coordinador Moisés Moreno Hernández, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 1999, p. 373.

evidentemente se pone de relieve que la crítica radica en sostener que la teoría de la imputación objetiva ha sido incapaz para hacer una diferencia entre conocimientos especiales y los comportamientos dolosos, es decir, la crítica radica fundamentalmente en que la valoración de los conocimientos especiales constituyen un examen distinto al del dolo, y en este sentido, lo que se critica, es que si se considera que los conocimientos especiales son relevantes en la base del juicio de peligro y que tal conocimiento especial nada dice aún acerca de la presencia del dolo del hecho en el actuar, ¿qué conocimiento queda integrado entonces en el dolo?, lo cual se ha dicho, no ha dado respuesta la teoría de la imputación objetiva.

Otra de las críticas que se han enderezado en contra la teoría que nos ocupa, consiste en sostener la superficialidad de la teoría de la imputación objetiva para el ámbito de la imprudencia, “entendiendo que en este ámbito ya era suficiente el instrumental propio de la dogmática del delito imprudente para resolver los casos respecto a los que la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado categorías de imputación específicas. Existiendo el requisito de la infracción del deber de cuidado de la conducta no era necesario añadir la creación del peligro desaprobado. Igualmente innecesarios son el nexo de realización o la relación del fin de protección. La función de estos requisitos era ejercida desde hacia tiempo en la dogmática del delito imprudente por el conocido requisito de la relación de antijuridicidad o de contrariedad del deber.”¹³⁸ Con lo anterior se puede observar que para los críticos de la teoría de la imputación objetiva, no era necesaria una construcción dogmática para determinar la imprudencia, pues esta ya encontraba solución con la dogmática propia del delito imprudente.

En esta línea del pensamiento se ha dicho que la lesión al deber de cuidado, que en esencia es determinada objetivamente, pertenece al tipo de los delitos culposos de resultado. Conforme a esto, es fundamental que la acción del autor pueda llevar al resultado en forma objetivamente previsible. Es decir, que origine un peligro para los bienes jurídicos. Esta puesta en peligro debe

¹³⁸ FRISCH, WOLFGANG, op. cit., p. 43.

sobrepasar la medida del riesgo permitido. Se considera que la proximidad, o incluso la identidad de esta exigencia específica del desvalor de la acción en un delito culposo de resultado, se corresponde con el concepto de peligro desaprobado, y por lo tanto no habría ninguna razón para esforzarse en este lugar por una teoría de la imputación objetiva. También se ha criticado a esta sistemática, que sería inútil recurrir a esta teoría para fundamentar el elemento de la realización del peligro desaprobado, dado que este requisito se ha perfeccionado desde hace tiempo en los delitos culposos, con la exigencia de las llamadas relaciones de violación del deber o de antijuridicidad.

Se ha criticado también a la teoría de la imputación objetiva, su falta de claridad, pues por ejemplo Roxin afirma que se deben resolver los problemas teniendo en cuenta fines político-criminales, pero no determina cuáles son los fines político-criminales que nos ayudan a desentrañar las dificultades de la tipicidad. En este sentido Feijóo Sánchez, ha sostenido que “esta teoría carece de una fundamentación dogmática sólida o de un anclaje científico consistente (racional y no razonable), obedeciendo, de acuerdo con los postulados básicos del propio Roxin, a la satisfacción de una serie de objetivos político-criminales (¿Cuáles?). Por ello en la literatura moderna existe una cierta falta de claridad con respecto a los problemas del tipo.”¹³⁹

Sobre las inconsistencias sistemáticas y defectos en la fundamentación de la imputación objetiva, ha sostenido Feijóo que “nadie ha explicado como funciona la norma que tiene el fin de proteger los bienes jurídicos y que se ha convertido en el topos central de los primeros planteamientos de la teoría de la imputación objetiva. Debido a esta inseguridad teórica no es extraño que cada autor utilice el criterio del fin de protección de la norma como mejor convenga a las conclusiones a las que se quiera llegar. La dogmática jurídico-penal no desempeña así su labor de garantía y de la exclusión de la arbitrariedad.”¹⁴⁰ Más adelante el mismo autor en cita, sostiene que “de esta manera, la teoría tradicional de la imputación objetiva ha confundido en vez de esclarecer. El fin

¹³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNANRDO, Teoría de la imputación objetiva, estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, México, Ed. Angel Editor, 2000, p. 89.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 91-92.

o ámbito de protección de la norma supone uno de esos términos seductores que sirven para todo y por ello, para nada. El afirmar que un resultado queda fuera del fin o ámbito de protección de la norma es lo mismo que decir que falta algún requisito para imputarle el resultado a una persona como obra suya. Pero con ello no se evita la arbitrariedad en la solución, ya que es preciso determinar en cada supuesto cuál es el requisito que falta y por qué falta ese requisito.”¹⁴¹ Luego, la crítica sostenida por Feijóo sobre el fin de protección de la norma pone de relieve la inseguridad jurídica que representa la sistemática aludida.

Con la imprecisión que revela el concepto de fin de protección de la norma, se ha sostenido por autores como Reyes Alvarado, que esta imprecisión a llevado a diversos autores, analizando un mismo supuesto de hecho, a que arriben a conclusiones diversas mediante la aplicación del mismo principio rector, por ello Reyes Alvarado en su obra intitulada imputación objetiva, ha concluido que “se trata de un concepto sin sentido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva. No porque sea incorrecto decir que una conducta solo puede serle imputada a alguien cuando la respectiva norma se propone evitar esa clase de comportamientos; pero ocurre que siendo una afirmación correcta, no brinda ninguna ayuda al momento de determinar cuándo un resultado penalmente relevante debe serle imputado a alguien como su obra. Una teoría como la del fin de protección de la norma puede ser arbitrariamente predicada tanto respecto de la causalidad como respecto de la imputación objetiva, y dentro de esta de manera indiferente en relación con la creación y la realización de riesgos, no puede ser considerada como un sólido punto de apoyo para el desarrollo de la imputación objetiva; un concepto que puede ser aplicado a tan disímiles situaciones como las expuestas, revela con ello su absoluta imprecisión y por ende su inutilidad como criterio rector, con base en ello, consideramos que la formula vacía del fin de protección de la norma es superflua y por consiguiente no presta utilidad alguna dentro de la teoría de la imputación objetiva.”¹⁴²

¹⁴¹ Ibidem, pp. 94-95.

¹⁴² Op. cit., pp. 216-217.

Sobre este tópico de las vaguedades que representa el fin de protección de la norma, y buscando precisar en algo las funciones que debería cumplir el fin de protección de la norma, se le ha relacionado directamente con el concepto de riesgo permitido, al señalar que aquellas conductas que la norma no pretende impedir, no pueden ser tenidas como riesgos jurídicamente desaprobados; con esta interpretación, se reclama la dependencia que los conceptos de riesgo permitido y deber de cuidado tendrían respecto del fin de protección de la norma, pero no se brindan criterios precisos para determinar la aprobación o desaprobación del riesgo. Pero curiosamente, hay quienes consideran que el fin de protección de la norma no está referido a la creación de riesgos sino, todo lo contrario, a su realización, quedando de esta manera esbozada una gran confusión conceptual en torno al ámbito de aplicación que pretende ser atribuido al fin de protección de la norma.

En relación al sistema adoptado por Jakobs, se le ha criticado a este, que su error metodológico consiste en la total ausencia de valoraciones político criminales y su total normativismo, sobre esto Schünemann, ha sostenido que “el error metodológico fundamentalmente de Jakobs radica, en su normativismo, el cual –como polo opuesto al naturalismo jurídico penal, también inaceptable –ignora las decisiones adoptadas por el legislador, que sirve de conceptos descriptivos e interpretables mediante un análisis valorativo del estado de hecho descriptivo (sustrato), transformándolos en conceptos descriptivos (pseudos descriptivos) carente de sustrato.”¹⁴³

En otra parte Schünemann¹⁴⁴ a criticado el modelo Jakopsiano, al señalar que para Günther Jakobs el individuo pasa a ser persona sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol, y únicamente frente a una persona puede existir la expectativa de que se comportará sólo por su *ser-persona* de una determinada forma en una determinada situación, es decir, ser destinatario de una norma, y sólo si las normas valen tiene lugar la sociedad. Por ello, se le

¹⁴³ SCHÜNEMANN, BERND, El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Trad. Jesús María Silva Sánchez, España, Ed. Tecnos, 1984, p. 170.

¹⁴⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal*, Coordinador Moisés Moreno Hernández, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Ed. Jus Poenale, 2002, pp. 35-47.

ha criticado que dentro de su sistemática se ha realizado una formación de conceptos puramente normativista, es decir, libre de empirismo, lo que deviene en la formulación de conceptos vacíos, que en realidad no resuelven el problema jurídico. En este sentido Schünemann le crítica su concepto de acción, la cual es definida a través de la lesión a la norma y como la lesión a la norma supone una acción, con esta argumentación nos encontramos, dice el autor en cita, dando vueltas en círculo. Con relación a la competencia institucional la crítica radica fundamentalmente en que Jakobs recurre a reglas jurídicas que no son jurídico-penales, sino sobre todo del Derecho civil, por ello, el hecho de recurrir a reglas de Derecho civil sobre los derechos y deberes de los padres o tutores, muestra claramente que Jakobs debe buscar la vía para rellenar sus fórmulas vacías en el positivismo legal, recurriendo a otros campos del Derecho porque el Derecho penal no puede dar respuesta. En relación al concepto de dolo Jakobs lo ha definido de un modo naturalista, recurre a una equiparación con lo que él denomina *imprudencia dirigida*, con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo por indiferencia. La fundamentación que otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo es desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico. Schünemann sostiene que esta fundamentación no es convincente en la cuestión de fondo, porque el autor absolutamente indiferente y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de tal manera dice el autor en cita, que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es sólo causal.

Con las acérrimas críticas hechas por Schünemann al modelo de Jakobs, se ponen de relieve algunas de las inconsistencias a su sistema, en donde a mi juicio tienen fundamental importancia, el modelo puramente normativista en que se sustenta, el cual se encuentra divorciado de la evidencia empírica, dando como válido únicamente al individuo como persona sí y sólo sí tiene validez la norma jurídica, sin soslayar que el concepto de dolo también nuevamente es criticado como una de las deficiencias que presenta la teoría de la imputación objetiva, la cual ha tratado de fundamentarlo por equiparación al

delito imprudente, en donde los conocimientos especiales del autor tienen un contenido diverso al del aspecto subjetivo que se identifica con el conocimiento y voluntad del autor y el dominio funcional del hecho.

En México, Díaz Aranda¹⁴⁵ (el cual evidentemente se identifica con las ideas de Roxin, aunque en muchas ocasiones esta en desacuerdo con su maestro), sostiene que una de las principales críticas al funcionalismo normativista de Jakobs radica en su fundamentación puramente normativa del derecho penal, conforme con la cual la ley penal debe tener validez por haber sido emitida por el órgano de Estado facultado para ello (Poder Legislativo); refiere que una concepción como la anterior no tiene ningún problema para su aceptación en donde prevalezca un Estado Social y Democrático de Derecho; pero sostiene este autor, que en México sería peligroso adoptar la teoría funcionalista normativista de Jakobs, en virtud de que nuestras bases democráticas son aún endeble, y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo, de tal suerte que si aceptáramos la aplicación incuestionable de la ley por el hecho de haber seguido el proceso legislativo ordenado en la Constitución, estaríamos admitiendo que el Estado tiene derecho a sancionar lo que sea.

A mi juicio esta crítica debe tomarse en cuenta, pues si consideramos que dentro de la metodología adoptada por Jakobs, la finalidad del Derecho penal ya no es la de proteger bienes jurídicos, sino la de proteger normas penales, es evidente que pudiera caerse en excesos y arbitrariedades por parte del legislador al momento de la emisión de las normas jurídicas, ya que nuestra insipiente democracia aún es endeble para otorgar credibilidad y legitimidad al Poder Legislativo, para creer que éste en todo momento creará normas jurídicas para beneficio del pueblo.

Finalmente debo señalar que entre las críticas que se han enderezado en contra de la teoría de la imputación objetiva se encuentran aquellas que

¹⁴⁵ Véase Derecho Penal, parte general, op. cit., pp. 138-139.

sostienen que aún no se puede hablar de un criterio dominante que pueda servir de fundamento dogmático para la sistemática; sin soslayar los que refieren que esta carece de solidez, dada la falta de fundamentos generales, pues además se ha observado que diferentes autores acuden a un supuesto de hecho problemático para arribar a soluciones opuestas, es decir, se ha tomado un mismo ejemplo que ha servido para explicar instituciones dogmáticas como el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo, lo cual puede generar una falta de certeza jurídica en su construcción dogmática.

CAPÍTULO 4

LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN EL DELITO CULPOSO (IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA)

4.1. Consideraciones generales de la responsabilidad penal médica

Hemos arribado al punto toral de nuestro trabajo de investigación, la responsabilidad penal por la comisión de un hecho no intencional derivado de la practica médica, y su resolución sustentada en los criterios dogmáticos que ofrece la teoría de la imputación objetiva para poder delimitar los ámbitos de responsabilidad dentro de la cadena causal; por ello y siendo congruente con el método implementado que es de carácter dialéctico y deductivo, es importante conocer en primer lugar, algunas consideraciones en torno al fenómeno de la responsabilidad penal médica, el cual en los últimos años se ha venido incrementando, a tal grado que fue necesaria la creación de un organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud¹ para atender y resolver conductas de carácter penal en donde se ve involucrado algún profesionista de la salud, como lo son precisamente los médicos, dando solución a los conflictos que se presentan en la relación médico-paciente, por medio del arbitraje médico, lo cual, no ha hecho otra cosa que generar impunidad, pues con la creación de este organismo, comportamientos humanos que son típicos por encontrarse previstos y sancionados en una ley penal, son castigados en la mayoría de los casos con una sanción de carácter administrativa, como lo es, la indemnización a cargo del médico responsable hacia la víctima o familiares del ofendido, impidiendo de esta manera que hechos de relevancia penal, por estar penalmente prohibidos sean investigados por el Ministerio Público, y sancionados ante la instancia judicial por un Juez penal.

Este tipo de comportamientos humanos a que me refiero, pueden ser de acción, omisión, o de comisión por omisión, y de carácter eminentemente

¹ Me refiero precisamente a la CONAMEND, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la cual fue creada por decreto del Ejecutivo Federal el 31 de mayo de 1996, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio siguiente. El reglamento de esta Comisión fue expedido por el Consejo de dicho órgano desconcentrado el 21 de agosto del mismo año, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de septiembre de ese año.

culposo, que tienen como consecuencia que se afecte la salud del paciente o que se produzcan en éste, lesiones o la muerte, lo cual sin lugar a dudas deviene en la lesión al bien jurídico salud o vida del pasivo, por ello deben ser investigados y sancionados precisamente bajo los presupuestos del Derecho Penal por el Ministerio Público y el Juez penal, respectivamente, y no limitarse a la instancia administrativa que ofrece la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, quien rara vez da vista al Ministerio Público para que se investigue la posible comisión de un hecho delictivo cometido por un profesional de la salud.

El problema de la responsabilidad médica no se queda en este nivel, pues en aquellos casos en que el comportamiento médico es investigado y sancionado por autoridades del orden penal, (Ministerios Públicos y Jueces), éstos, orientan su criterio al emitir su resolución sobre la base de la prueba pericial en materia de medicina, la cual evidentemente es elaborada por otro médico, lo que trae como consecuencia que el médico probable responsable en la comisión de un delito de lesiones u homicidio sea prácticamente juzgado por otro médico, sin soslayar que el juez, para decidir sobre la responsabilidad penal de un médico, atiende primordialmente a los peritajes médicos que le presentan las partes, los que por lo general son contradictorios entre sí, convirtiéndose el juez, más que en juzgador del comportamiento del médico sometido a su jurisdicción, en un árbitro de los dictámenes que le presentan las partes.

Sobre esta problemática Salas Campos, refiere que “los médicos, por lo general, no están dispuestos a que su responsabilidad jurídica, sea resuelta por los juristas, argumentando que no somos concedores de la ciencia médica. Los médicos se resisten a ceder la toga de la justicia a los jueces abogados, y prefieren ser ellos mismos quienes decidan si un colega suyo es responsable o no. Esta posición es, incluso, defendida por algunos juristas, quienes consideran que, ante la falta de conocimientos de la ciencia médica, debieran ser los propios médicos quienes debieran tomar la decisión sobre la responsabilidad de cada uno de ellos. De hecho la Comisión de Arbitraje Médico, designa a médicos para que dictaminen si un facultativo ha obrado con

responsabilidad médica, dejando por completo a un lado el marco de referencia de los delitos culposos. Es de destacar sin embargo que, las decisiones de esta institución, hasta hoy, constituyen solamente una opinión, y no vinculan —o al menos no debieran vincular—, la decisión del juez en la resolución de la responsabilidad penal. Hasta hoy, y según nuestras leyes, solamente el juez puede, y debe resolver, si un médico es o no responsable por su fallida intervención médica o tratamiento aplicado.”²

Con esto se patentiza el criterio sostenido en este trabajo, es decir, que los médicos deben ser juzgados por peritos en Derecho y no por médicos, no obstante que la pericial que sirve de punto de orientación del juzgador al emitir su resolución judicial sea elaborada por un profesional de la salud, pues en todo caso, el juez tiene la facultad de valorar los dictámenes que le presenten las partes al tenor de su arbitrio judicial, dando valor probatorio a estos, desde el carácter de indicio, hasta el de prueba plena, ponderando obviamente en su conjunto el elenco probatorio, sustentando de manera fundamental su resolución en los criterios normativos del delito culposo que ofrece la teoría de la imputación objetiva, y de lo cual, más adelante me ocupare de justificar.

Es importante apuntar también, que en la actuación de los profesionistas de la salud, se pone en funcionamiento un pesado concepto jurídico, la responsabilidad penal por las consecuencias de la conducta propia, pero también en ocasiones, por la conducta ajena. Esto último sucede frecuentemente en el trabajo en equipo, como son precisamente las intervenciones médico-quirúrgicas, en donde existe al interior del equipo médico una división del trabajo, lo cual en los últimos años se ha incrementado, cambiando el antiguo modelo individual médico-paciente, pues hoy en día, como bien sostiene Terragni “el ejercicio de la Medicina se convirtió en una actividad colectiva: casi siempre aparece en escena un equipo, compuesto por varios especialistas y diversos colaboradores, por lo que ya no existe como regla general la antigua relación individual médico-paciente. Este fenómeno

² GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL, *El delito imprudente en la actividad curativa*, en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año, LXIV, No. 2, México, Mayo-Agosto, 1998, Ed. Porrúa, pp. 133-134.

determinó, entre otras cosas, la necesidad de que la doctrina penal revisase los conceptos tradicionales relativos al hecho culposo, que se habían desarrollado en torno a la acción individual. Ahora la intervención de varios en un suceso obliga a deslindar el ámbito del deber de cuidado que corresponde a cada uno.”³ Sobre este tópico tienen gran importancia los presupuestos de la imputación objetiva, como son precisamente el riesgo permitido y el principio de confianza.

Para poder delimitar estos ámbitos de responsabilidad en la praxis médica, deben concurrir varios requisitos, de los cuales como refiere Manzano García, es necesario en primer lugar, “que el médico, o en su caso el equipo médico, haya cometido una falta en el curso de la actividad profesional. El segundo, que esa falta haya provocado un daño. El tercero es que exista una relación de causa-efecto, un lazo que asegure que el acto médico es el causante del daño producido, y apreciado esto sin lugar a dudas. Un cuarto requisito es la ausencia en lo ocurrido de toda posibilidad de justificación atendible.”⁴ Con este criterio se puntualiza también el problema de la causalidad en el delito, en donde cobra vital importancia el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el médico y el resultado dañoso producido en el mundo fáctico sobre la persona sometida a su pericia, es decir, el demandante de los servicios de salud. Sin embargo, el nexo de causalidad no debe ser entendido únicamente como una relación de causa-efecto, sino que deben integrarse en esa relación de causalidad o dogma causal, elementos de carácter normativo, como la creación y realización del riesgo no permitido, el alcance del tipo o fin de protección de la norma, así como el principio del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo o competencia de la víctima.

En el ejercicio de la práctica médica, existen tres grandes grupos de faltas que devienen en responsabilidad del profesionista de la salud, entre estas se encuentran primero “las de error de diagnóstico o elección terapéutica,

³ Op. cit., p. 17.

⁴ MANZANO GARCÍA, JOSÉ ROBERTO, Responsabilidad y el ejercicio de la medicina, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 70.

siendo éste último generalmente consecuencia del primero. En estos casos debe de tenerse muy en cuenta circunstancias profesionales del médico y el medio en que se desarrolla su actividad pues es imposible igualar exigencias entre un médico del medio rural o un calificado especialista de un gran hospital citadino con medios explorativos y terapéuticos a su disposición. En el segundo grupo están las faltas instrumentales o de técnica. Aún cuando el diagnóstico y la indicación terapéutica hayan sido exactos, puede presentarse la mala aplicación de una técnica ya sea en el manual o en lo instrumental. El tercer grupo, aunque es excepcional es el de la confusión de enfermos o de miembros, en los que el peritaje debe centrarse en explicar el proceso que ha dado lugar al error, para evaluar así la responsabilidad en que hayan incurrido los diversos integrantes del equipo de salud. En estas faltas puede haber una responsabilidad compartida.”⁵ La responsabilidad entre los miembros del equipo médico se puede compartir de manera vertical y horizontal; en la de tipo vertical hay un médico que cuenta con un equipo que lo auxilia en su labor, como lo son las enfermeras generales, enfermeras instrumentistas, técnicos de laboratorio, técnicos en radiología, etc.; en la de tipo horizontal, se parte del mismo nivel de responsabilidad en la dirección de un tratamiento médico quirúrgico, como sucede precisamente entre el médico y el anestesiólogo, quienes cuentan con el mismo nivel jerárquico y de responsabilidad al interior del equipo médico.

Al hacer referencia al concepto de falta médica, me refiero a que en todo tipo penal culposo existe una falsa apreciación de la realidad, sobre todo en los delitos de culpa inconsciente o sin representación. En tratándose de los médicos, ese error que no le permite darse cuenta de la realidad, se le conoce como fallo técnico o en la doctrina como error de tipo. Dicho en otras palabras, al ser la medicina una ciencia falible, que no es de resultados exactos, derivado de múltiples factores, entre los que se pueden citar, la constitución física del paciente, los antecedentes familiares patológicos no informados al médico tratante, y por supuesto el propio desarrollo de la ciencia médica, la cual día con día se encuentra en constante evolución y transformación, es evidente que

⁵ *Idem.*

el fallo técnico se puede actualizar precisamente, cuando derivado de la libertad de método con que cuenta el médico en el tratamiento médico-quirúrgico, determina erróneamente un diagnóstico derivado de la equivocada información recibida de sus auxiliares, como puede ser el caso de la incorrecta elaboración de los estudios de laboratorio, o el hecho de haberse tomado una muestra de sangre equivocada que correspondía a otro paciente, y ésta información se le entrega al médico tratante, el cual, tomando como punto de partida esa información, elabora erróneamente su diagnóstico y por ende toma una elección terapéutica equivocada. Lo mismo puede suceder en tratándose del instrumental quirúrgico, pues en el caso de que una enfermera no proporcione al médico el instrumento adecuado y que fue el que en verdad solicitó el cirujano, éste, en la creencia de que sí lo es, aplica una fallida técnica en la incisión de un determinado órgano. También puede ser el caso, que algún médico residente haga una anotación equivocada en el expediente clínico del paciente y anote que el miembro que debe amputarse es la pierna izquierda, cuando en verdad la que se debía amputar era la derecha; en este caso, el médico cirujano el día de la operación, por un error cometido por otro, amputa el miembro equivocado, es decir, el izquierdo en vez del derecho. En estos casos como se observa, puede actualizarse un error de tipo invencible que anula tanto el dolo como la culpa. Cuando se trate de un error de tipo vencible persistirá la culpa médica, y en este sentido puede decirse que aquí, el fallo técnico consiste en un enfrentamiento con las reglas del arte y ciencia médica, en una conducta contraria a la técnica curativa.

Por último, basta decir por el momento, que el médico en el desempeño de su actividad profesional no puede ser sujeto únicamente de responsabilidad penal, sino también de responsabilidades de tipo laboral, administrativa, civil, mercantil y sanitaria; sin embargo, y dado que el objeto de estudio de la presente tesis doctoral se centra únicamente en la responsabilidad de índole penal, es importante señalar que los delitos que se derivan de la mala praxis médica, pueden dar lugar a la configuración de una acción u omisión típica de lesiones u homicidio, en donde los bienes jurídicos que se lesionan de manera fundamental son la vida y la salud del pasivo, quien deposita su confianza en el profesional de la salud, sin embargo, éste desempeña una función de medios

y no de resultados, es decir, dado que la medicina no es una ciencia exacta que pueda garantizar precisamente esos resultados el médico ofrece únicamente los medios para tratar de obtener la recuperación del paciente, en apego a las reglas de la *lex artis*, sin embargo ello no lo releva de responsabilidad penal cuando se adviertan infracciones al deber objetivo de cuidado, lo que complica todavía más el problema que se plantea.

4.1.1. Concepto de responsabilidad penal médica

Comenzaré por establecer el contenido etimológico de la expresión responsabilidad, de donde se obtiene que éste proviene “del verbo latino *respondeo-respondes-respondere-respondi-responsum*, compuesto del prefijo inseparable *re-*, intensidad, repetición y del verbo *spondeo*; significa obligarse a su vez, responder a una obligación contraída solemnemente; el sufijo *-dad*, indica cualidad. En el ámbito jurídico esta palabra tiene un amplio campo semántico. En sentido general es la obligación de responder de un daño ante la justicia y responder por las consecuencias civiles, penales, disciplinarias, etc., de ese daño.”⁶

El significado que recoge la dogmática jurídica del concepto de responsabilidad sostiene que “un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado. En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder un individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación, la responsabilidad es, en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.”⁷ De lo anterior se puede

⁶ DAHESA DÁVILA, GERARDO, op. cit., p. 359.

⁷ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2001, p. 3349.

decir, que jurídicamente la responsabilidad penal, es un deber del sujeto activo de responder por el hecho ilícito y culpable realizado, debiendo soportar la sanción prevista por la norma penal.

Es importante anotar que en materia de responsabilidad penal, ni el Código Penal Federal, ni el Código Federal de Procedimientos Penales, definen lo que es la responsabilidad, sin embargo, el primero en su artículo 13 únicamente señala qué personas son responsables de los delitos, estableciendo las figuras de autoría y participación; el segundo ordenamiento legal, se limita en el artículo 168 a establecer la forma de su acreditación; sin embargo, y con la finalidad de poder dar un concepto de responsabilidad penal, siguiendo a Aguilar López, se puede sostener que la responsabilidad penal “supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a Derecho, lo cual supone no sólo la culpabilidad del autor, sino, además, la necesidad de pena desde el punto de vista general y especial.”⁸ En consecuencia, la responsabilidad penal engloba toda una gama de elementos dogmáticos, como el que el hecho punible imputado se encuentra previamente establecido en una ley penal, que ese hecho punible haya sido realizado con un comportamiento de acción u omisión, doloso o culposo, y que no se actualice a favor del inculpado alguna de las causas de exclusión del delito.

Establecido lo anterior, ya se está en aptitud de poder dar un concepto de responsabilidad penal médica, y es aquella que “está constituida por la necesidad jurídica y social que obliga a todo profesional de la medicina a responder ante las autoridades humanas, competentes y legalmente constituidas de los perjuicios causados por los daños cometidos en sus actos voluntarios o involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión, contra las reglas legalmente establecidas para su debido cumplimiento.”⁹

⁸ Op. cit., pp. 345-346.

⁹ CHOY GARCÍA, SONIA ANGÉLICA, Responsabilidad en el ejercicio de la medicina, México, Ed. Zogs, Editores, S.A. de C.V., 2002, p. 39.

En esa virtud, y dado que la responsabilidad profesional médica implica la obligación que tienen los médicos de reparar o satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios, cometidos en el ejercicio de su profesión, se puede afirmar siguiendo a Carrillo Fabela que “en la profesión médica, como en el resto de las profesiones, el que cometa o realice una falta, infracción o hecho ilícito con motivo del ejercicio de su profesión, estará obligado a responder primeramente ante su propia conciencia –responsabilidad moral-, ante los demás –responsabilidad social- y en el momento en que por dicha falta o hecho ilícito se constituya un delito, el profesionista que haya violado no únicamente las normas morales y las normas sociales, sino las normas jurídicas, al producir un daño con su conducta, daño que lesione...bienes jurídicos tutelados, en ese momento tendrá que responder penal y/o civilmente. En el área penal, al sujeto imputable autor del daño y que se halle jurídicamente culpable con su conducta delictiva se le impondrá alguna pena o medida de seguridad; en el primer caso, privación de la libertad por tiempo determinado, y en el segundo caso, suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional, de acuerdo a lo que determine el juez.”¹⁰

Entendida la responsabilidad como aquella obligación del autor de rendir cuentas de sus propios actos, se puede concluir que la responsabilidad penal médica, es aquella obligación que corre a cargo de un profesionista de la salud, en el caso concreto un médico, para enfrentar ante la justicia penal sus acciones u omisiones derivadas de un comportamiento culposos.

4.2. Breve referencia a la *iatrogenia*

Se ha considerado conveniente hacer una breve referencia a la *iatrogenia*, dado que precisamente es a partir de este concepto de donde puede derivarse responsabilidad penal para el médico con motivo de su actividad profesional; en este contexto, siguiendo a Carrillo Fabela se puede decir que “en sentido amplio, *iatrogenia* sería todo lo producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad; por lo tanto, incluye, no

¹⁰ CARRILLO FABELA, LUZ MARÍA REYNA, La responsabilidad profesional del médico, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 5.

sólo las consecuencias nocivas de la intervención del facultativo, sino también los éxitos de la medicina, la curación de las enfermedades y la conservación de la salud. La tradición sin embargo, ha sancionado que la palabra iatrogenia se use en sentido estricto para referirse únicamente a los aspectos negativos de la práctica de la medicina.”¹¹ Es decir, si por iatrogenia se debe entender todo lo producido por el médico en el enfermo, puede concluirse entonces que el médico puede producir en el paciente efectos positivos, como son precisamente la recuperación de su salud o la conservación de esta; pero también, con motivo de su mala praxis puede traer como consecuencia efectos negativos en la salud del paciente, provocando lesiones o hasta la muerte del paciente, lo cual evidentemente puede ser el origen de un comportamiento culposo derivado de la práctica médica, ya sea por imprudencia, negligencia o impericia.

4.3. El delito culposo en la actividad médica

Ya en el capítulo dos de este trabajo, se hizo referencia a los fundamentos y estructura dogmática de la culpa, así como a los elementos generadores de esta, tomando la posición de que la culpa se constituye como el género; la imprudencia, la negligencia y la impericia, como especies de esta; es decir, la culpa se encuentra a nivel de continente y las especies generadoras de la culpa a nivel de contenido.

En esa virtud y con la finalidad de concretizar cada vez más el tema que nos ocupa, es necesario aterrizar esos elementos generadores del comportamiento culposo en la actividad médica, de donde resulta que cobran vital importancia, la imprudencia médica, la negligencia médica y la impericia médica.

Asentado lo anterior y dado que en el capítulo dos de esta investigación ya se llevó a cabo un estudio pormenorizado de este tipo de comportamientos, y con la finalidad de no ser repetitivo, basta decir por el momento, que en este

¹¹ Ibidem, p. 10.

tipo de casos en donde se advierte un comportamiento culposo del profesional de la salud, es evidente que “la agresión al bien jurídico (esto es, la vida, la salud e integridad corporal del paciente) no es voluntaria, pero se produce porque el autor (el médico) ha infringido en su actuación determinados deberes de cuidado, lo que ha conducido a la lesión del bien jurídico. El fin que persigue el autor en estos supuestos no interesa al Derecho penal, incluso pudiera ser muy positivo socialmente (como lo es tratar a un paciente), pero lo que sí importa es la manera en que actuó, si utilizó incorrectamente los medios que tenía a su disposición, lo que condujo a ese resultado involuntario, y hasta tal vez ni siquiera previsto.”¹² Es importante aclarar, que cuando se dice que en el delito culposo la lesión al bien jurídico no es voluntaria, no significa que se quiere decir con esto, que haya ausencia de conducta por falta de voluntad en el activo, sino que su connotación se refiere más bien, a que el resultado no es querido por el agente, pues se trata de un hecho no intencional.

Este tipo de comportamiento es el que con mayor frecuencia aparece en los actos profesionales en general, particularmente en la de los médicos. La responsabilidad penal del médico, se plantea únicamente como consecuencia del fracaso en su actuación. De la intervención que no consigue un resultado favorable, (como lo es la devolución de la salud del paciente) se puede concretizar precisamente el tipo culposo de lesiones o de homicidio.

Finalmente es importante señalar que en la comisión de delitos culposos el criterio generalizado sostiene que es necesaria la producción de un resultado material, para poder estar en aptitud de desvalorar la acción del médico, sobre este tópico Salas Campos, refiere que “para poder desvalorar la acción del médico, se necesita que se produzca un resultado (desvalor del resultado). Esta exigencia de la producción del resultado, es característica de los tipos culposos, de lo contrario, sería perjudicial que se sancionarán todas las imprudencias o negligencias de las personas, lo cual haría que el Derecho Penal se aplicara a muchos de los comportamientos culposos y entonces, no

¹² ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *El Médico ante el Derecho*, (La responsabilidad penal y civil del médico), Madrid, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, 1985, p. 62.

habría límites para su aplicación, lo que sería absolutamente nocivo.”¹³ Sobre este tópico, Jakobs sostiene que el delito culposo puede actualizarse también en tratándose de delitos de resultado formal, pues “en los delitos de mera actividad, el tipo describe la ejecución de una acción. Sin embargo, como la ejecución de la acción a su vez ostenta un aspecto externo y en este sentido un resultado, este grupo de delitos así definido no se puede separar tajantemente de los delitos de resultado de conducta limitada.”¹⁴ En este sentido se puede decir, que para la imputación objetiva los delitos culposos pueden ser tanto de resultado material, como formal, lo que trae como consecuencia que para esta sistemática es dable el delito culposo en grado de tentativa, pues al señalar Jakobs, que “como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma.”¹⁵

En este orden de consideraciones, los comportamientos culposos que interesan a la presente investigación son los que se derivan de la práctica médica, y en este sentido, se pasan a desarrollar a continuación cada uno de estos comportamientos generadores de la culpa médica.

4.3.1. La imprudencia médica

Derivado de la actividad médica, puede decirse que el comportamiento imprudente deviene de un estado subjetivo en que el agente del delito (médico) incurra en falta de previsión de lo que humanamente es previsible, además deberá concurrir un estado objetivo, es decir, la existencia de un resultado material dañoso, ocasionado como consecuencia de una falta de observancia del activo (médico), de un deber de cuidado que personalmente le estaba obligado a observar, para evitar el daño producido; además deberá existir una relación de causalidad entre el estado subjetivo del autor (médico) y el resultado dañoso (alteración en la salud del paciente o la muerte de éste).

¹³ Op. cit., p. 150.

¹⁴ Derecho Penal, parte general, T. I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, op. cit., p. 209.

¹⁵ *Ibidem*, p. 860.

Sobre el concepto de imprudencia médica Romeo Casabona, refiere que en España se ha sostenido que la jurisprudencia mantiene los mismos elementos que tradicionalmente se exige para la imprudencia, de donde resulta que se requiere lo siguiente: “primero una acción u omisión voluntaria no maliciosa, debida a la infracción culposa de un deber de obrar, que resultare del cumplimiento inexorable; segundo, un mal efectivo o concreto, que alude al mundo exterior; y tercero, la relación de causa a efecto, que una de modo evidente ambos extremos, por ser el evento consecuencia natural de obrar u omitir del agente”.¹⁶ Con esto se pone de relieve lo imprescindible del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso derivado del comportamiento imprudente.

Dentro de la bibliografía consultada se ha podido observar que la imprudencia médica es considerada como el género y la negligencia e impericia como sus modalidades, sobre éste punto Hava García, refiere que en la imprudencia profesional deben concurrir los siguientes factores: “a) el sujeto activo debe realizar los actos en el ejercicio de su profesión, de lo cual hace su medio de vida ordinario; b) la conducta debe pertenecer a los actos que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente por los profesionales del ramo; c) la conducta activa u omisiva ha de producir la muerte o lesiones graves; d) es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional.”¹⁷

Se puede afirmar que la imprudencia médica se actualiza cuando el profesionista de la salud (médico) realiza un comportamiento no prudente, incumpliendo un deber de cuidado, obrando de manera arriesgada y precipitada, más allá de lo que es dable admitir, es decir, ir o llegar más allá de donde se debió, y que dicho comportamiento trae como consecuencia un resultado dañoso para la salud del paciente, que puede derivar tanto en lesiones, como en su propia muerte.

¹⁶ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El Médico y el Derecho Penal, T. I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 60.

¹⁷ HAVA GARCÍA, ESTHER, La imprudencia médica, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, p. 22.

4.3.2. La negligencia médica

La negligencia médica es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión (*lex artis*), estos es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o a la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace. Que teniendo la pericia, es decir, los conocimientos y la capacidad necesaria, no se pongan al servicio en el momento en que se necesitan. Negligencia es lo contrario al sentido del deber. Consecuentemente, la negligencia “implica la no aplicación de esos conocimientos y habilidad, cuando se poseen; supone la infracción de deberes técnicos.”¹⁸

Sobre la negligencia médica, se ha sostenido que ésta consiste en la “omisión de las específicas normas de prudencia técnica impuestas a los profesionales en la ejecución de los actos de su profesión y que hacen gravitar sobre ellos una exigibilidad superior en el cumplimiento de sus deberes objetivos de cuidado.”¹⁹ En este sentido se puede decir, que para no incurrir en la conducta prevista por la ley como delito, el médico negligente pudo y debió comportarse de la manera contraria, es decir, de manera diligente; el poder es una cuestión material, el deber es un requerimiento normativo, por ello será más reprochable su conducta, porque ciertamente le es exigible comportarse de otro modo, dada la importancia de los bienes jurídicos que tiene bajo su protección en el acto médico, como los es la salud del paciente o hasta su propia vida.

La negligencia profesional del médico, al decir de Pereda Rodríguez, se refiere a la “falta de cuidado, especialmente exigible a los profesionales por razón de su misma profesión. Quien, mediante remuneración, se dedica a una actividad susceptible de causar grave lesión a la integridad física de los demás, no sólo debe poseer especiales conocimientos sobre la materia (*pericia*), sino que debe procurar no omitirlos nunca, antes bien aplicarlos con especial

¹⁸ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *El Médico ante el Derecho*, op. cit., pp. 77-78.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

cuidado.”²⁰ Ello precisamente, en razón de que le es exigible comportarse en cumplimiento al deber de cuidado, en virtud de tratarse de un sujeto cualificado, en razón de su calidad específica de médico.

También se ha dicho que la negligencia médica, es la indiferencia, la desidia, la actitud omisiva en que incurre el profesional de la salud, (médico). Sobre esta conducta negligente Terragni²¹ en su obra intitulada *El delito culposo en la praxis médica*, comenta que en la conducta negligente hay desidia, abandono, pereza, apatía. Su contraria, la conducta diligente que implica, actividad, esmero, aplicación, atención; cualidades que requieren los médicos en el ejercicio de su profesión, para que no pongan en peligro los bienes jurídicamente tutelados. Más adelante, refiere que lo que desvalora el orden jurídico, no es la negligencia en sí misma, sino las consecuencias que de ella se deriven, como pueden ser las lesiones o muerte del paciente, lo que trae como consecuencia la imputación objetiva del resultado típico.

En este tenor, dice el autor citado, es evidente que la negligencia médica conduce a un error, el cual es inexcusable, dado que en la órbita del delito culposo representará un incremento del riesgo permitido por violación del deber objetivo de cuidado, dado que por ejemplo, si el médico no pone toda la atención que le es requerida, interpreta mal los resultados de los estudios que solicitó, o si revisa una sola vez al paciente, no solicita ninguna investigación complementaria, o sigue nada más por teléfono la evolución del paciente, es evidente que hay negligencia médica si se produce un resultado típico. Sobre éste último punto, consideró que en algunas ocasiones no hay otra alternativa, más que hacer el seguimiento de la salud del paciente únicamente por la vía telefónica; en éstos casos no habrá negligencia médica, si éste comportamiento se encuentra plenamente justificado, ya sea que por la hora, o bien, por la distancia de donde se encuentra el médico en relación a su paciente, no es dable acudir con la prontitud deseada, dado que puede existir algún obstáculo material insuperable, como sucede hoy en día en tratándose

²⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL, La responsabilidad penal del médico y del sanitario, 3ª ed., Madrid, Ed. COLEX, 1997, p. 53.

²¹ Cfr. op. cit., pp. 163-168.

de congestionamientos viales en dónde no es posible acudir a un determinado lugar a la hora indicada.

“Actuar negligentemente significa hacerlo con descuido, omisión o falta de cuidado, es decir, implica el descuido de precauciones y atenciones calificadas como necesarias en la actividad profesional, la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano que puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión. Por tanto, actuará negligentemente el médico que abandona a su paciente, que no realiza las curaciones en el postoperatorio y delega tal responsabilidad en un estudiante, que habiendo intervenido quirúrgicamente a un paciente no le realiza valoraciones subsecuentes a fin de evitar una complicación.”²² Evidentemente que la omisión de llevar a cabo las curaciones en el postoperatorio dará lugar a responsabilidad por negligencia, siempre y cuando haya disponibilidad del paciente en que se le realicen este tipo de curaciones.

En razón de lo anterior se puede concluir, que bajo la hipótesis de negligencia médica, se encuadra el comportamiento de todo aquel médico que a pesar de haber sido capacitado técnicamente para el desempeño de esa profesión, por ende contar con la pericia necesaria, incurre en descuido, en falta de diligencia en el acto médico, y que puede traer como consecuencia comportamientos de olvido, como puede ser el caso de dejar gasas o algún instrumental en el abdomen del paciente, o el caso de dejar restos placentarios en el interior del cuerpo de la víctima; también pueden encuadrar en este tipo de comportamientos negligentes, las distracciones que traen como consecuencia el extirpar por error un miembro u órgano sano. Es decir, se trata de aquellos casos en que el médico no obstante contar con especiales conocimientos sobre medicina, los abandona y omite aplicarlos con toda diligencia provocando con ello un resultado típico que le es objetivamente imputable.

²² CHOY GARCÍA, SONIA ANGÉLICA, op. cit., pp. 52-53.

4.3.3. La impericia médica

Bajo el rubro de impericia médica se encuentra todo aquel comportamiento del profesionista de la salud, consistente en la carencia de los conocimientos propios, habilidades, preparación, aptitudes, capacidades o experiencia exigibles para el desempeño de la profesión.

“Falta de conocimiento. Así de simple y llanamente se define, por lo que en este supuesto jurídico podrán encuadrar todos aquellos que realicen a título oneroso o gratuito actos o prestaciones de servicios propios de la profesión médica, aunque sólo se trate de la simple ostentación del carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro medio (artículo 24 de la Ley Federal de Profesiones). Cuanto y más, encuadrarán en este supuesto jurídico, aquellos que se ostenten como especialistas sin serlo, sobre todo los que se hagan pasar por especialistas de una rama quirúrgica, siendo solamente médicos generales o familiares. Así por ejemplo, un médico no traumatólogo se decide a tratar un traumatismo de la muñeca y dicta constancia de ausencia de lesión ósea, cuando finalmente resulta que tenía el paciente una fractura de escafoides del carpo, pero como no sabe interpretar las radiografías ni pedir las proyecciones específicas para un caso en que cupiera la posibilidad de éste diagnóstico y menos, pensar en solicitar un estudio comparativo ni las características de una necrosis aséptica postraumática del escafoides, etcétera, elabora una constancia con un diagnóstico errado y por consecuencia lógica, con un pronóstico y secuela muy importantes y tal vez no reparables en la posibilidad que se hubiera logrado de primera intención.”²³ Evidentemente que en este tipo de casos, en donde el activo carece del título específico necesario para ejercer legalmente la especialidad de que se trate podrá fundamentar la responsabilidad del sujeto.

Entre los casos de impericia médica al decir de Choy García se pueden incluir “los errores de diagnóstico que suelen deberse usualmente a la impericia del médico tratante, lo que habitualmente deviene en fallos ostensibles del

²³ MANZANO GARCÍA, JOSÉ ROBERTO, op. cit., p. 62.

diagnóstico y por ende del tratamiento del paciente. Cabe apuntar al respecto que indistintamente de las demás clases de culpas, definiciones y clasificaciones que se hagan en rededor, la impericia del médico refleja ante todo una lamentable carencia de ética profesional. Ni el médico, ni ningún otro profesional ésta obligado a conocer todo lo relativo a su profesión, sí lo elemental, pero atreverse a emitir un diagnóstico sin los conocimientos o práctica necesaria para ello, sin aceptarlo no pedir el apoyo de otro médico implica, además, una falta de respeto a la integridad de su paciente.”²⁴

“La impericia es entonces la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza y aunque no exista una normativa específica que le sea aplicable (lo que no ocurre con la Medicina). Aquí aparece una especie de cualificación del sujeto activo, pues las exigencias no se dirigen a cualquiera, sino que se formulan a quienes se dedican a una labor que – sabiamente- entraña riesgo y que, por ende, debe ser desarrollada con una particular habilidad. Por supuesto que quien desempeña determinado arte (el médico, por ejemplo) también puede causar un daño por simple imprudencia o negligencia, pero en esas hipótesis no se diferencia (dicho esto en términos muy generales) de los hechos protagonizados por cualquier persona. En cambio, para actuar imperitamente tratando de curar se requiere una cualificación. Aquí la ley se adentra en campos sustraídos a la actuación del ciudadano común; supone la realización de actividades más complejas, que necesitan los hombres competentes.”²⁵ En este orden de ideas se puede decir que imperito no puede ser cualquiera, sino solo aquél que debe poner en ejercicio una especial y determinada habilidad, como en el caso concreto puede ser la de los médicos; es decir, para que aplique la hipótesis de impericia, es preciso que se trate de un profesional de la salud, a quien en su caso se le calificará su conducta por haber invadido campos de la medicina que requieren de conocimientos especiales, y de los cuales el activo carece dada su particular especialidad.

²⁴ Op. cit., p. 53.

²⁵ TERRAGNI, MARCO ANTONIO, op. cit., pp. 168-169.

Sobre esta temática de la culpa profesional por impericia, Romeo Casabona refiere que el Tribunal Supremo Español, ha sostenido que “impericia equivale a ineptitud, inepticia o ignorancia, es decir, falta de los conocimientos elementales y básicos propios de cualquier rama de la técnica, del saber de una profesión u oficio, pudiendo ser de origen o bien adquirirla merced al olvido, o a la falta de ejercicio, de práctica o de formación o perfeccionamiento posteriores a la graduación o profesionalización del sujeto activo.”²⁶

“A la imprudencia profesional que deriva en una responsabilidad culposa, le atribuye unas características: a) que el resultado se haya producido gracias a su impericia o negligencia profesionales; b) que la imprudencia profesional es falta de aptitud para el desempeño del cometido concreto de que se trate, comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas del arte o ciencia, y torpeza o descuido inexcusables en los que habitualmente hacen de esa actividad su modo de vivir; c) que lo sancionable no es un *plus* de actividad, sino un *plus* cualitativo de la culpa y que requiere dos elementos, el subjetivo – que se trate de un profesional-, y el objetivo –acto para el que se requiera una habilidad o técnica que no pueden ser exigidas a quien no es profesional en la materia de que se trate-; d) que la culpa profesional es una imprudencia cualificada por el incumplimiento de aquellos deberes que, en relación con la pericia y la diligencia, son exigibles exclusivamente en relación con las circunstancias especiales del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal, y, por ende, en una responsabilidad más grave; y e) que en definitiva se trate de una circunstancia agravante de carácter específico que, como todas, no puede presumirse y ha de estar tan acreditada como el hecho mismo.”²⁷ Para que surta la hipótesis de impericia deberá ser un profesionalista de la salud, quien incurra en esa ineptitud o falta de conocimientos elementales o básicos para el desempeño de su profesión.

En esta línea del pensamiento, se puede concluir que la impericia médica, como una de las formas que reviste la responsabilidad profesional del

²⁶ El Médico y el Derecho Penal, op. cit., p. 63.

²⁷ *Ibidem*, pp. 63-64.

médico, es aquella en donde el sujeto activo de la misma, no obstante el reconocimiento oficial de su preparación técnica para el ejercicio de la actividad que realiza y de la que hace modo de vivir, incurre en un fallo, en una notoria vulneración de la *lex artis* o del reglamento que gobierna su actividad, desmintiendo así la presunta capacidad y competencia que le concedía la habilitación oficial para la práctica de su oficio.

4.4. Determinación de la responsabilidad culposa del médico

Dos criterios son los que interesan para poder determinar los ámbitos de responsabilidad penal culposa en la práctica médica, me refiero a la infracción a la *lex artis* y a la infracción al deber de cuidado debido, estos elementos de carácter eminentemente normativo son de gran utilidad en la determinación y delimitación de la responsabilidad penal de los médicos, mismos de los que el Juez no puede prescindir al hacer su juicio de tipicidad, tanto en el disvalor de la acción, como en el disvalor del resultado; en esa virtud, se pasan a desarrollar a continuación cada uno de estos elementos necesarios en la acreditación del delito culposo derivado del acto médico.

4.4.1. Infracción a la *lex artis*

La *lex artis* (ley del arte) constituye un criterio clave para determinar la existencia o no de responsabilidad médica, de tal manera que en el campo de la argumentación y en el probatorio, propio de los enjuiciamientos criminales de responsabilidad médica, se ubica precisamente la cuestión de acreditar, si hubo cumplimiento o no de ella por parte del profesionista de la salud.

La traducción al idioma castellano de esta expresión latina, es *la ley del artesano*, dicho concepto sirve como parámetro de la tarea realizada por el médico, para poder determinar si se ajusto o no a lo que debe hacerse. Se ha dicho que corresponderá a los peritos en materia de medicina ilustrar al juzgador, para que este se encuentre en aptitud de valorar correctamente si el médico en el desempeño de su profesión atendió a dichas reglas o no, ello con la finalidad de poder determinar si dejó de lado, o no, el deber objetivo de

cuidado. Ciertamente el dictamen pericial en materia de medicina es importante, pero el juez debe tomar en cuenta otros aspectos de carácter normativo como los que ofrece la teoría de la imputación objetiva.

El concepto de *lex artis* se ha venido impregnando de componentes éticos, sin soslayar que es indisoluble de la idea de una buena relación médico-paciente, por lo que no basta con el cumplimiento de los aspectos estrictamente técnicos del acto médico. Como ejemplo de lo anterior, véase que un procedimiento quirúrgico, oportuno y correctamente ejecutado, no se ajustará a la *lex artis* si no se cumplió con el deber de la información (riesgos, alternativas terapéuticas, etcétera), es decir, si el médico no contó con un consentimiento válido. Como tampoco se podrá afirmar que se actuó de acuerdo a la *lex artis* si no se registró adecuadamente el procedimiento en la historia clínica o si se infringió el principio ético y jurídico de la confidencialidad.

En atención a estas consideraciones, por *lex artis* según Romeo Casabona en su obra intitulada: *El Médico y el Derecho Penal*, “se entiende la técnica correcta, buena técnica médica, o aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento.”²⁸

Con la finalidad de explicar más abundantemente en que consiste la *lex artis*, Romeo Casabona²⁹, hace referencia en primer lugar, a los elementos que pueden definir el tratamiento médico-quirúrgico curativo desde el punto de vista jurídico-penal. Fundamentalmente dice, se distinguen dos aspectos principales, el subjetivo y el objetivo, los cuales se desglosan en los siguientes: 1) la finalidad perseguida con el tratamiento, que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente; 2) la idoneidad objetiva terapéutica, es decir, el conocimiento, conforme al estado presente de la ciencia, de los resultados probables que se derivan de la intervención o tratamiento a realizar, en relación con el beneficio de la salud del paciente, y de los riesgos que aquéllos entrañan; y, 3) la existencia de un ser enfermo al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de esos medios.

²⁸ Op. cit., p. 69.

²⁹ Cfr. Ibidem, pp. 143-164.

En ese tenor, Casabona sostiene que para que un tratamiento médico-quirúrgico pueda ser considerado como curativo desde una perspectiva objetiva, no basta con los requisitos que se acaban de puntualizar, sino que es preciso, además, que su realización o puesta en ejecución se haya adecuado a las reglas del arte médico. Es decir, se trata de la obligación del facultativo de conformar su actuación con la denominada *lex artis*.

Más adelante refiere Casabona que existe una diferencia entre la indicación médica y la *lex artis*, pero que son dos conceptos que se hallan estrechamente vinculados. La indicación terapéutica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la *lex artis* se trata de, una vez emitido ese juicio, se lleve a cabo la aplicación adecuada y correcta, por parte del facultativo del tratamiento prescrito (o indicado). La indicación responde, al sí del tratamiento, es decir, a si se debe o no aplicar ésta u otra medida; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir (por ejemplo, si se trata de una intervención quirúrgica, dónde debe realizarse la incisión, cuántos centímetros, qué parte hay que extraer y cómo; si son medicamentos, qué dosis, con qué frecuencia, etcétera).

En base a lo antes expuesto, se puede señalar que una intervención médico-quirúrgica se ajustará a la técnica correcta, es decir, será conforme a la *lex artis*, cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación, ni al cuidado debido. También se puede decir, que una intervención técnicamente correcta sin existir la previa indicación, no permite encuadrar dicha operación como curativa, ni ajustada a la *lex artis*.

Para poder estar en aptitud de determinar la infracción o no, del cuidado objetivamente debido, se acude a reglas generales aplicables a casos típicos o semejantes, esa serie de reglas o procedimientos es precisamente lo que se conoce como *lex artis*.

“Ello implica que el médico o cirujano que en su actuación se ha sujetado a la *lex artis* no habrá infringido el cuidado objetivamente debido. Pero hay que dejar ya sentado que *lex artis* y cuidado objetivamente debido, no son conceptos coincidentes y, si bien su estrecha relación permite mantener la anterior afirmación (actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido), no puede ser siempre cierta la inversa: la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Pues estas reglas del arte son aplicables, en principio, sólo a situaciones conocidas y estudiadas en la ciencia médica y no a supuestos inesperados, desconocidos o nuevos. Para estos casos habrá que tener en cuenta lo que haría un colega prudente e inteligente. Además, sin olvidar tampoco que por *lex artis* no debe entenderse necesaria y únicamente las reglas aceptadas por la generalidad en este sector profesional, pues hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento, en los que, desde luego, no entra a valorar el jurista y, en su caso, el Juez, pues su idoneidad y corrección debe ser emitida y transmitida a éste por los técnicos o peritos (en su caso, también por el médico forense). Esta idea es la única compatible con el progreso de la ciencia y de su consideración en sí misma como tal.”³⁰

En relación a lo anterior, pienso que hay dos consideraciones que son importante señalar, una se refiere a que con la libertad de método en la práctica médica, se viene a romper con la idea corrientemente aceptada de lo que debe entenderse por *lex artis*, es decir, como aquel conjunto de reglas generalmente aceptadas por el sector profesional de la medicina, pues estas reglas del arte son aplicables, en principio, sólo a situaciones conocidas y estudiadas en la ciencia médica y no a supuestos inesperados, desconocidos o nuevos.

La otra consideración radica, en que la Medicina al ser una ciencia al servicio del hombre, que se encuentra en constante evolución dado el avance de la tecnología y de la ciencia en sí, no puede imponer a los profesionistas de

³⁰ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El Médico ante el Derecho, op. cit., p. 70.

la salud reglas absolutas, sino relativas, pues la Medicina al ser una ciencia inexacta no impone reglas de infalibilidad al médico, sin embargo, lo que sí debe ser sancionado como delito culposo, son precisamente los comportamientos inadecuados a determinadas exigencias que puedan presentarse en un determinado caso, como lo es precisamente el que el médico ante un cuadro evidente de gangrena, se limite a recetar medicina, omitiendo hacer estudios de exploración técnica que le permitan tener un diagnóstico más certero.

Por otra parte es importante señalar que el deber de cuidado, al cual se hará referencia más adelante, se ilustra como refiere García Ramírez³¹, con reglas de carácter ético y técnico que gobiernan el buen desempeño de la medicina, es decir la *lex artis*: el cuidado debe atender sólo a ésta, la ciencia y la técnica que guían el quehacer de la profesión; me parece dice el autor en cita, que es posible abarcar ambas reglas, es decir, la técnica y la ética, ello si se quiere honrar el deber de cuidado al que le obliga al médico en la prestación de sus servicios profesionales. En este punto entran en consideración, las normas de la ética profesional, porque la legislación sobre la salud expresamente les otorga poder vinculante. En cuanto a las reglas de la técnica, éstas se hallan asimismo contempladas por la legislación, en una medida muy amplia, como ocurre con las normas oficiales³² mexicanas expedidas por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de lo que resulte aplicable en la práctica, aunque por lo pronto no se halle estipulado textualmente. Así, las cosas, refiere García Ramírez, que la *lex artis*, va más allá de ser un mandamiento técnico informal de la profesión, un mero consejo entre colegas, es una verdadera norma de la práctica profesional, recogida por el orden jurídico positivo. Sobre este particular, cabe citar los casos de impericia médica, en donde el médico, no obstante que carecer de los conocimientos técnicos para llevar a cabo una determinada intervención médica, se comporta evidentemente con una

³¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, La responsabilidad penal del médico, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 217-218.

³² Sobre las principales regulaciones que tienen ingerencia en la actividad profesional diaria del Médico, se recomienda consultar la página de Internet de la Secretaría de Salud, que es www.ssa.gob.mx, así como también el Anexo de Normas Oficiales Mexicanas contenido en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, op. cit., pp. 353-377, donde se pueden encontrar una gran variedad de Normas Oficiales, las cuales tienen ingerencia en la infracción o no, a la *lex artis*.

ausencia total de ética profesional al quebrantar la confianza que el paciente deposita en este profesional de la salud, lo que deviene en una infracción a la *lex artis* en su doble aspecto, tanto el técnico, como el ético.

Congruente con lo que se ha dicho hasta este momento, Terragni sostiene que “para que la intervención profesional sea legítima debe, además de perseguir el fin de curar y ser la indicada, ejecutarse conforme a las reglas del arte médico. Algunas de ellas, las menos, están escritas y son aquellas que establecen cómo se deben ejecutar ciertos actos médicos. Pero la mayoría no consta en ningún texto de seguimiento obligatorio. Están dictadas por la experiencia, son aceptadas generalmente, e indican cómo se debe actuar frente a las diversas situaciones. Éstas no pueden ser fijas, estratificadas, invariables, y ello porque, entre otras cosas: se trata de una ciencia y de técnicas de aplicación de los conocimientos, cuyo progreso es permanente. Existen diversas escuelas médicas, y el principio de libertad en la elección del tratamiento torna inexigible que el profesional debe aceptar necesariamente los principios de alguna de ellas. Además no todos los organismos reaccionan de la misma manera y eso hace necesario adoptar los métodos terapéuticos para atender los requerimientos del paciente concreto.”³³

En este orden de ideas, se puede decir que la enorme complejidad que la comprobación de la culpa en la actividad médico-sanitaria comporta, se debe a que la medicina como ya se señaló no es una ciencia exacta, y además, siempre puede surgir en la práctica lo imprevisible, lo inevitable y lo fortuito. Por ejemplo, lo imprevisible puede consistir en todo aquello que los médicos al momento de la intervención médico-quirúrgica no se representan en la esfera de su pensamiento, y que puede ser motivo de la causa del resultado, como es precisamente que el paciente presente un paro respiratorio, lo cual no hubiera sucedido en cualquier otra persona sometida al mismo tratamiento y con el mismo cuadro clínico; lo inevitable puede suceder cuando en un embarazo de alto riesgo, se había previsto en un primer momento que tanto la madre como el producto de la concepción podían salvar la vida, sin embargo, al momento de

³³ Op. cit., pp. 38-39.

la intervención quirúrgica es inevitable que alguno de los dos muera; o bien, en problemas de miomatosis uterina, se diagnóstica que es posible extirpar el mioma (tumor) sin la necesidad de extraer la cavidad uterina, sin embargo y dadas las complicaciones que se presentan en ese momento, y con la finalidad de impedir que la paciente sufra una hemorragia descontrolada, es inevitable extraer todo el útero con la finalidad de salvar la vida de la paciente. Con relación a lo fortuito, se refiere a aquéllos casos en donde por ejemplo, se va la luz en el hospital por un corto circuito, el cual se presenta precisamente en el momento en que se está haciendo un corte en un órgano del cuerpo, vital para la vida humana, como el corazón o el cerebro, y de ello se deriva el resultado dañoso, o bien deja de funcionar el ventilador que proporciona oxígeno al paciente y consecuencia de esto muere; luego, el caso fortuito consistirá en aquel hecho imprevisible e inevitable, esto es, aquél acontecimiento que no se puede prever por el raciocinio normal de una persona y que una vez que aparece, no puede ser evitado por los medios a su alcance, se trata de un mero accidente.

En el ejercicio de la medicina son inevitables errores de apreciación y de juicio de los que no están exentos ni siquiera los profesionales más connotados y expertos. Sobre este tópico Hava García, sostiene que “existen ciertos ámbitos sociales donde no es posible determinar legalmente los estándares objetivos de cuidado, debido a que están en continuo desarrollo científico, o bien a que existen multitud de circunstancias que pueden influir en la determinación de lo correcto en cada caso concreto. Ambos factores se dan conjuntamente en la actividad médico-sanitaria, y han hecho desistir al legislador de la positivación de las normas generales de cuidado aplicables en ese terreno. La regulación jurídica de la actuación médica se encontraría con dos obstáculos insalvables: en primer lugar, sería imposible mantener su vigencia real teniendo en cuenta la celeridad de los avances científicos, de modo que cualquier norma jurídica quedaría rápidamente obsoleta; en segundo lugar, resultaría imposible condensar los conocimientos de la ciencia médica en preceptos legales, pues para ello sería necesario una enciclopedia que, además, nunca podría completar todos los supuestos. Así las cosas, el

ordenamiento no tiene más remedio que confiar en los estándares técnicos o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo.”³⁴

Como se puede observar, esta posición doctrinal se contrapone a la sostenida por García Ramírez, quien como ya se vio, refiere que las reglas técnicas se hallan contempladas por la legislación, en una medida muy amplia como ocurre con las llamadas Normas Oficiales Mexicanas emitidas por la Secretaría de Salud; sin embargo, como ya quedó asentado, al ser la medicina una ciencia inexacta que se encuentra en constante evolución dado el avance científico, ello dificulta la labor del legislador en la positivación de las normas generales de cuidado médico, ya que estas pueden quedar en desuso con el paso del tiempo y por ende carecer de eficacia jurídica, pero a pesar de esto, no deja de ponderarse la gran aportación de las Normas Oficiales en la formulación de criterios para determinar si el comportamiento del médico se ajusto o no, a la *lex artis*, lo cual incide en la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado, que evidentemente deberá ser valorado por el Juez con el apoyo de los peritos en la materia; es decir la pericial médica únicamente servirá como punto de orientación para el juez, pero no será el único elementos de ponderación, deberá echar mano de los criterios de valoración que ofrece la imputación objetiva.

Es importante destacar también que en la valoración de la *lex artis*, se deberán tomar en cuenta todas las circunstancias que rodean al hecho, como son precisamente las condiciones concretas del medio en donde el médico lleva a cabo su intervención quirúrgica, el tipo de hospital, el instrumental médico-quirúrgico, las circunstancias del lugar, pues no es lo mismo un hospital de tercer nivel, en donde existen múltiples aparatos médicos, que una pequeña clínica ubicada en una comunidad indígena en la zona serrana. Esta diversidad de situaciones y circunstancias, dice Hava García, “que concurren en la actividad médico-sanitaria ha generado una multitud de reglas técnicas particulares en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha mantenido que existe para cada acto, una ley. De ahí que un sector de la

³⁴ Op. cit., p. 56.

doctrina estime más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*, en lugar de utilizar el concepto, más genérico y simple, de *lex artis*, cuando se trata de analizar hipotéticos supuestos de negligencia médica. Con tal expresión, se hace referencia a un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos (tales como el estado del enfermo o de las instalaciones sanitarias) para determinar si dicho acto es conforme o no al nivel de cuidado exigido en esa particular situación.”³⁵ En este tenor, se puede decir que la *lex artis* señala una serie de técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes; pero a pesar de esto, siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por la ciencia médica. En este sentido puede decirse que el contenido de la *lex artis* es variable, según las diversas circunstancias a que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal, etcétera.

Haciendo un ejercicio intelectual, se puede concluir que la *lex artis* médica es la suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria.

Es un criterio normativo que sirve para determinar si existe o no infracción al deber objetivo de cuidado en la práctica médica, y en consecuencia, sirve para poder fincar la responsabilidad penal del médico.

La *lex artis* sucede a la indicación médica, dado que se trata de la aplicación adecuada por parte del facultativo del tratamiento indicado previamente; es la adecuada técnica médica establecida por la indicación.

La actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido, pero la no sujeción a la *lex artis* no implica

³⁵ Ibidem, p. 62.

necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, en razón de que se pueden presentar situaciones, nuevas, desconocidas e inesperadas, lo que en otras palabras quiere decir, que pueden presentarse situaciones imprevisibles, inevitables o de carácter fortuito.

La libertad de método rompe con la idea corrientemente aceptada de *lex artis*, ya que no hay una *lex artis* permanente e inmutable, por el contrario esta va evolucionando dado los múltiples avances de la medicina, sin dejar de ponderar que se trata de una ciencia inexacta.

En virtud de la constante evolución de la ciencia médica, se ha dificultado al legislador la positivación de normas generales de cuidado médico; sin embargo, las Normas Oficiales, son de gran utilidad para establecer criterios que ayudan a determinar si hubo o no, infracción a la *lex artis*.

Para determinar si hubo o no, infracción a la *lex artis*, hay que atender al caso concreto, pues el contenido de la *lex artis* es variable, según las diversas circunstancias a que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal, etcétera.

4.4.2. Infracción del deber de cuidado

En primer lugar debe decirse que en los delitos culposos, la norma penal, manda a los ciudadanos que su actuación en la vida de relación social se realice con sujeción a ciertos deberes o reglas con el fin de evitar la lesión de los bienes jurídicos. Es lo que se conoce como el deber de cuidado, o el cuidado objetivo debido. El no observar ese cuidado objetivo debido constituye uno de los elementos del tipo objetivo en los delitos culposos.

La doctrina mayoritaria describe el tipo de injusto del delito imprudente como la infracción de las normas de cuidado o de la diligencia debida que produce un resultado típico. Este concepto normativo de imprudencia está constituido por tres elementos fundamentales, que permiten calificar a un comportamiento como imprudente: la previsibilidad objetiva del resultado y la

infracción de la diligencia o cuidado debido conforman el desvalor de acción, mientras que el resultado objetivamente imputable representa el desvalor de resultado.

Al delito culposo se le conoce en la doctrina penal como un tipo abierto, ya que el contenido jurídico del deber de cuidado no aparece precisado por el legislador en la norma jurídica, sino que es el juez, quien, al valorar cada caso en particular, determina si hubo o no una infracción del deber objetivo de cuidado, según la averiguación de si hubo cuidado necesario en la acción realizada por el autor. El juicio de la conducta, se realiza con base a la conducta que seguiría un hombre inteligente y prudente, en la situación del autor.

En materia de medicina, todo tratamiento o intervención curativa, aún realizada con la mayor escrupulosidad, impiden en el caso concreto la certeza absoluta del resultado favorable y comporta una dosis de riesgo e inseguridad ineludible, ya que no se puede excluir el fracaso en ninguna intervención médica. Luego entonces, el concepto de deber de cuidado, queda ubicado, dentro de los causes del riesgo que debe permitirse, es decir hay comportamientos de riesgo que son socialmente aceptados dado el beneficio que aportan al desarrollo de la sociedad y de la ciencia. En otras palabras, el concepto de deber objetivo de cuidado, va directamente relacionado con el concepto de riesgo permitido. “En efecto, dado lo arriesgado de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción al deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del riesgo permitido. En tales casos, no es posible fundamentar la responsabilidad penal por el resultado, a pesar de que éste acabe produciéndose.”³⁶

Se ha dicho también en relación a la infracción del deber objetivo de cuidado, que el perjuicio en la salud del paciente mediante un tratamiento,

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Medicinas alternativas e imprudencia médica, España, Ed. Bosch, 1999, p. 12.

motiva en muchas ocasiones la comprobación de la existencia de un fallo o de un error. Sin embargo, estos conceptos no coinciden necesariamente con el de la infracción del cuidado objetivo. Para resolver si en definitiva el médico obró infringiendo el deber de cuidado, se debe atender a si el médico ha faltado a su deber de prevenir las consecuencias (a esto se le ha llamado criterio de previsibilidad objetiva). Si así fue, se debe examinar mediante diversos análisis retrospectivos si el médico ha hecho todo cuanto exige la ciencia y la práctica médicas para disminuir el riesgo en el caso en cuestión. En este sentido, no es decisivo lo que el médico sea capaz de hacer con sus conocimientos y experiencias, sino lo que en el caso en cuestión exige la ciencia y prácticas médicas.

Es importante señalar que el cuidado objetivo debido se determina tomando en cuenta todos los elementos fácticos que concurren en el caso concreto, utilizando para ello un criterio intelectual y otro normativo. En esto evidentemente juega un papel importante y decisivo la capacidad del autor, en el caso concreto del profesionista de la salud, pues éste deberá omitir la acción si no cuenta con la capacidad suficiente para llevarla a cabo y podrá serle exigida una realización correcta cuando emprenda una acción difícil si cuenta con la capacidad necesaria, obrando siempre como un hombre prudente e inteligente. El reproche individual a la norma de cuidado que se hace, consiste, en el hecho de no haber observado el cuidado a él posible en su situación concreta. Consecuentemente el doble criterio del deber de cuidado, se sustenta en un criterio intelectual, en el sentido de que todos los efectos de la acción sean previsibles para un juicio formulado genéricamente, y otro normativo, expresando con esto que sólo serán típicos aquellos comportamientos que creen un peligro superior al que la sociedad tolera.

En este orden de consideraciones, se puede decir que en tratándose de delitos dolosos y culposos, la subsunción del hecho en el tipo objetivo no es suficiente para imputarle ese hecho a una persona como su propia obra, es preciso que el tipo suponga la objetivación de una decisión previa de esa persona, es decir de una objetivación de su voluntad; en este sentido, y en relación a los delitos culposos que son los que interesan en este trabajo de

investigación, sólo podrá imputarle un hecho típico a una persona cuando sea fruto de una decisión imprudente, es decir, de una decisión contraria a una norma general de cuidado, por ello se ha sostenido que el injusto imprudente equivale a la infracción de la norma de cuidado.

Luego, Romeo Casabona, en su libro intitulado *El médico ante el Derecho*, sostiene que en la inobservancia de los deberes de cuidado por parte del médico, “en primer lugar, nos encontramos con una acción que no responde al cuidado debido. Es el momento de señalar que se configura, sin lugar a dudas, como el elemento más complejo y difícil de desentrañar, y del que en la práctica dependerá en último extremo la existencia o no de la infracción culposa. La exigencia de este requisito viene impuesto porque la norma penal, subyacente en los delitos culposos ordena a los ciudadanos que su actuación en la vida social (en cada sector social) se acomode a ciertos deberes o reglas con el fin de evitar la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos. Esto es lo que conocemos como deber de cuidado. De esta forma, el profesional, o en lo que a nosotros interesa, el médico cuya conducta en el ejercicio terapéutico de su profesión es conforme al cuidado debido, no hace otra cosa que vincular aquélla en la dirección impuesta por la norma.”³⁷ En caso contrario, es decir, al desvincular el médico su comportamiento del imperativo impuesto por la norma de cuidado, se dirá que se ha incumplido con el deber objetivo de cuidado. Consecuentemente como bien refiere Terragni, “para determinar si el individuo ha infringido o no el deber de cuidado es necesario saber si el comportamiento era el requerido objetivamente para evitar el peligro y el exigido subjetivamente, teniendo en cuenta la disposición respecto del hecho y la capacidad de la que estaba individualmente dotado.”³⁸

En el concepto de culpa descansa, como ya se vio en el capítulo dos de este trabajo, en el deber de cuidado, en donde cobran vital importancia las aportaciones de Engisch³⁹ hechas a la dogmática jurídico-penal; elemento normativo que ha sido ampliamente estudiado por la doctrina e incorporado a

³⁷ Op. cit., pp. 64-65.

³⁸ Op. cit., p. 98.

³⁹ Véase *supra* pp. 113-116.

nuestro Código Penal Federal en su artículo 9º párrafo segundo; sobre dicho concepto normativo Maurach⁴⁰, ha sostenido que el deber de cuidado tiene por objeto evitar el resultado típico cuya posibilidad debía prever el autor. La medida de previsión y cuidado exigible a éste, se basa en los postulados que, con razón, pueden dirigirse a cualquiera que se encuentre en la misma situación y esté sometido a sus mismos deberes. Afirma, igualmente, que no cabe sentar criterios universales para definir el cuidado, que excluye, a pesar de hacer peligroso, la responsabilidad del autor por el hecho; la observancia del cuidado no podrá tampoco venir dada por el simple cumplimiento de las disposiciones de seguridad prescritas por la ley. La medida de las exigencias se definirá, más bien, por la esfera concreta de deberes y por las circunstancias de la situación respectiva.

En el examen sobre la extensión del deber de cuidado y las implicaciones penales que posee, el mismo doctrinario se ocupa específicamente en el tratamiento quirúrgico que produce un resultado típico, sea el de homicidio, sea el de lesiones. Nos hallamos, dice el autor en cita, ante un claro ejemplo del desplazamiento de los límites del cuidado en atención a la situación concreta, que aquí será siempre impuesta de modo objetivo por la necesidad del tratamiento, especialmente por la necesidad de la operación arriesgada para conservar la vida o preservar la salud de serios males permanentes. Por ende no será responsable el agente si se mantiene dentro de las fronteras del riesgo permitido, que a su vez se encuentran exclusivamente trazadas por la situación del caso concreto.

Si bien, en nuestro Código Penal Federal se encuentra en la norma positiva el elemento normativo *deber de cuidado*, como elemento integrador del delito culposo, es importante señalar que el contenido jurídico de ese deber de cuidado no se encuentra precisado en la ley, sino que es el Juez quien ha de valorar en el caso concreto si hubo o no infracción al deber de cuidado, de ahí que los delitos culposos sean denominados por un gran sector de la doctrina

⁴⁰ Cfr. MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II, Trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pp. 239-247.

como tipos abiertos.⁴¹ Esta valoración la realizará el Juez, conforme a estas premisas: “averiguación del cuidado necesario en la relación social de que se trate (en nuestro caso, de la profesión médica) y su comparación con la acción ejercida por el autor (por ejemplo, una intervención quirúrgica en el duodeno, el acto clínico de tratamientos con radiaciones, etc.), a fin de determinar si existe correspondencia entre ambos.”⁴² “El juez debe decir cuál fue la norma cuyo cumplimiento fue omitido, y en qué consistió la infracción, en cada caso, para que el procesado pueda conocer la razón de lo decidido y eventualmente cuestionarla.”⁴³ Es decir, que se cumpla con la garantía de legalidad y además se le de la oportunidad de contradecirla procesalmente.

“De este modo, lo que en esencia distingue al delito culposo del delito doloso es la ausencia de una decisión en contra del bien jurídico, y probablemente con ello radique la mayor dificultad que existe a la hora de constatar la existencia de un comportamiento imprudente, habida cuenta de que en este supuesto el juzgador no debe ya indagar el contenido de la voluntad del autor (para lo cual cuenta con datos objetivos que le pueden ayudar a inferir su concurrencia), sino deducir si respetó la pauta de comportamiento cuidadoso exigida en la situación particular; ante una hipotética imprudencia el juez deberá, pues, determinar en primer lugar la concreta norma de conducta que regía el caso para, posteriormente, poder dilucidar si fue infringida por el comportamiento efectivamente realizado.”⁴⁴ La determinación precisa del deber de cuidado que fue violentado en la praxis médica, implica en la práctica judicial brindar certeza jurídica al encausado, sin dejar de ponderar que al determinar el Juez en qué consistió la infracción al

⁴¹ Sobre este tópico, Bernardo Feijóo, refiere que de acuerdo con las premisas del finalismo es consecuente considerar los tipos imprudentes como tipos abiertos o necesitados de integración judicial y que, por ello, tienen problemas de compatibilidad con el principio de legalidad. Conforme a esta concepción la acción sólo puede ser comprobada como típica a posteriori por el juez de acuerdo con el criterio rector del cuidado necesario en el tráfico (elemento del deber jurídico), ya que la conducta no se encuentra objetiva y exhaustivamente descrita en el tipo. Por ello el juez que se encuentra con un resultado típico tiene que averiguar a posteriori cuál es el cuidado necesario en el tráfico en la situación concreta y después, mediante un método comparativo constatar si la acción era conforme o no con el cuidado debido. Consúltese FEIJÓO, BERNARDO, Resultado lesivo e imprudencia, op. cit., pp. 248-254.

⁴² ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El Médico ante el Derecho, op. cit., p. 65.

⁴³ TERRAGNI, MARCO ANTONIO, op. cit., p. 100.

⁴⁴ HAVA GARCÍA, ESTHER, op. cit., p. 50.

deber de cuidado, se cierra el tipo, que en un inicio se dice es abierto, ello con la finalidad de hacer una correcta formulación del juicio de tipicidad.

Una cuestión fundamental que hay que abordar, es decidir cómo actúa este deber de cuidado, si como una regla general aplicable a todos por igual sin tener en cuenta las capacidades individuales, es decir, una regla a la que debe adaptarse todo aquel que se decida a actuar, o bien, por el contrario, como una regla particularizada, adaptada a la capacidad concreta del que ha actuado, de tal forma que sólo podamos exigirle lo que corresponde a su aptitud o capacidad personal.

Sobre esta temática existen dos posiciones doctrinales, de las cuales se parte precisamente para poder determinar cuál es el fundamento del deber de cuidado; una sostiene que el fundamento del deber de cuidado tiene un carácter eminentemente subjetivo, otra que es de tipo objetivo.

Ante dicha disyuntiva “quienes dicen que la comparación de la conducta concreta realizada por el autor debe ser efectuada con el deber subjetivo de cuidado, esto es, teniendo en cuenta la capacidad individual del autor, y comprobar si aquella acción respondía o no a esta capacidad. La infracción del cuidado será según esto la acción de la cual en el momento de su realización el autor haya podido conocer el peligro que entraña para el bien jurídico. Esta capacidad de poder prever la posibilidad de la lesión del bien jurídico la posee en un nivel superior el médico excepcionalmente formado y hábil, que, por consiguiente tiene también un techo más elevado de responsabilidad; mientras que el médico que posee una capacidad o conocimientos inferiores, incluso, a la media, si le impiden conocer la peligrosidad de su acción, no habrá infringido el deber de cuidado y no incurrirá en responsabilidad penal, al faltar este requisito del tipo.

Los que por el contrario, sostienen la tesis de que el deber de cuidado es objetivo, establecen un nivel general predicable a todo el que actúa, con independencia de sus capacidades o habilidades personales (de ahí su denominación de objetivo). Para fijarlo se parte de la exigencia de que el

resultado fuera objetivamente previsible. La averiguación de cuándo el resultado era objetivamente previsible se efectúa de acuerdo con el siguiente procedimiento: se coloca una persona (por ejemplo, el Juez que esta conociendo del caso) en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta para ello, por un lado, todas las circunstancias del caso concreto que hubieran podido ser conocidas por una persona inteligente en esa misma situación, así como las que conocía el autor por su vinculación con el caso, y por otro lado, la experiencia común en esa época o momento de que se trate sobre los cursos causales (por ejemplo, sobre técnicas quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, etc.), así como el saber experimental del autor (los conocimientos que sobre técnicas, efectos, etc., poseyera el médico actuante). Aquí, a diferencia de la construcción anterior, el nivel del deber del cuidado se establece con independencia de la capacidad de cada persona.”⁴⁵

El criterio mayormente aceptado, es aquel que sostiene que la determinación del deber de cuidado es objetivo, en donde se atiende a una regla a la que debe adaptarse todo aquel que se decida a actuar, sin dejar de lado que la consideración de la capacidad y actuación individual, es también tomada en cuenta una vez que se ha comprobado que se ha infringido el cuidado objetivamente debido.

Es importante señalar que el cuidado objetivamente debido se determina, teniendo en cuenta lo que es objetivamente previsible. Además, “cobra vital importancia para determinar la infracción de la norma de conducta (de cuidado) el contexto en el que se desarrolla la acción.”⁴⁶ También es importante en la determinación de la infracción al deber de cuidado, que el hecho sea evitable. “Todo deber jurídico tiene como presupuesto que el hecho desvalorado se pueda evitar. Es decir, sólo se le puede imputar a alguien un hecho que fuera planificable para él. Si al autor le resulta imposible conocer el hecho típico o conociéndolo le es imposible evitarlo ya no se puede hablar de

⁴⁵ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El Médico ante el Derecho, op. cit., pp. 66-67.

⁴⁶ FEIJÓO, BERNANDO, Resultado lesivo e imprudencia, op. cit., p. 246.

ningún deber. El deber implica poder ya que lo imposible no se espera.”⁴⁷ En este orden de ideas, para que el resultado se considere racionalmente previsible y no sólo imaginado por el autor es preciso que éste se de cuenta de que su conducta es una conducta idónea o adecuada para producir un resultado si alguien entra en su radio de acción o que encierra una peligrosidad general o estadística.

La vinculación del médico a los deberes de cuidado derivados de la práctica médica, lo obliga antes de iniciar un tratamiento o, en determinadas circunstancias, aunque ya se haya iniciado a valorar su propia capacidad y preparación, así como los medios que tiene a su disposición. En este sentido, deberá decidir si esta en condiciones de hacerse cargo de ese paciente, o por el contrario debe remitirlo a un especialista o a un centro hospitalario que disponga de los medios materiales y humanos necesarios. En este sentido se ha dicho que el que no es capaz de realizar correctamente la acción planteada debe omitirla; para él, la conducta correcta, el cuidado necesario, es la omisión de la acción.⁴⁸ En este sentido, García Ramírez, puntualiza que “el profesional debiera analizar con cuidado y escrúpulo su propia capacidad para llevar adelante el tratamiento que requiere el paciente; si no lo hace, pondría en curso una situación de riesgo por la que habrá de responder posteriormente.”⁴⁹

Sobre las especiales capacidades del sujeto activo en la actividad médico-quirúrgica, Hava García sostiene que “la doctrina mayoritaria concibe en términos puramente objetivos el deber de cuidado como referente de la tipicidad de la conducta, relegando al ámbito de la culpabilidad todo lo relativo a las peculiares capacidades del autor: sólo cuando se ha constatado ya el

⁴⁷ Ibidem, pp. 254 - 255.

⁴⁸ Sobre esta temática, Roxin ha señalado lo siguiente: “Donde faltan baremos o parámetros de conductas formulados para sectores o ámbitos especializados de la vida, han de servir de orientación no obstante dos reglas generales: quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes juridicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informarse; si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta. Y quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción). Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo debe dejarlo.”Cfr. Derecho Penal, parte general, op. cit., pp. 1009-1010.

⁴⁹ Op. cit., p. 223.

aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo del injusto) cabe examinar, además, si el mandato general de cuidado y previsión hubiese podido ser cumplido también por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y su posición social (tipo de culpabilidad); según esta concepción, el cuidado requerido en el tráfico configuraría a nivel de antijuridicidad un patrón genérico de obligado cumplimiento para todos los individuos, es decir, un deber objetivo de cuidado que ha de determinarse atendiendo al módulo del hombre concienzudo y reflexivo en la esfera de tráfico a la que pertenece el agente. Por tanto, si alguien provoca un accidente con infracción de reglas de la circulación que no podía evitar debido a que su capacidad para la conducción es muy inferior a la media, habrá realizado de modo antijurídico el correspondiente tipo imprudente, aunque por su incapacidad individual no será culpable. Pero si el sujeto podía advertir tal incapacidad, existiría entonces una imprudencia objetiva y subjetiva por el mero hecho de haber conducido (provocación culpable por emprendimiento o asunción).⁵⁰ Se puede observar claramente entonces, como puede concurrir lo objetivo con lo subjetivo en la formulación de la infracción al deber de cuidado.

En atención a las consideraciones antes apuntadas, se puede concluir lo siguiente:

En el delito culposo la norma penal impone al profesional de la salud deberes de cuidado.

El deber de cuidado no aparece precisado por el legislador en la norma penal culposa, es al juez a quien corresponde determinar si hubo o no infracción al deber objetivo de cuidado.

El deber de cuidado tiene íntima relación con el riesgo permitido, pues si se sobrepasa la frontera del riesgo permitido habrá infracción al deber de cuidado.

⁵⁰ Op. cit., pp. 63-64.

Para resolver si el médico obró infringiendo el deber de cuidado, se debe atender al criterio de previsibilidad objetiva, es decir, si el médico puso en marcha su deber de prever posibles consecuencias dañosas en la salud del paciente, que bien podían y debían ser evitadas.

Para poder determinar la infracción al deber de cuidado, debe tomarse en cuenta, el contexto en el que se desarrolla la acción, que el hecho sea previsible y evitable.

El deber objetivo de cuidado es determinado con un criterio intelectual y otro normativo.

El deber de cuidado opera como una regla general y no como una regla particular para ponderar las capacidades individuales del sujeto, por ello se habla de deber objetivo de cuidado y no de deber subjetivo de cuidado. (Éste es el criterio mayormente aceptado en el ámbito doctrinal).

4.5. El consentimiento del paciente

El consentimiento del paciente para poder ser sometido a un determinado tratamiento o incluso a una intervención médico quirúrgica es de vital importancia en la relación médico-paciente; sin embargo, no se trata de una simple formalidad de valor en la prevención de reclamaciones, sino que constituye un derecho esencial del paciente y una obligación ética y legal para el médico.

Como bien se ha escrito, el consentimiento es un presupuesto de la *lex artis* y, por tanto, un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es un acto clínico, parte indisoluble del acto médico; el deber de informar en el contexto de la relación médico-paciente no puede ser sustituido por un acto meramente formal o de carácter administrativo.

En su origen, el consentimiento es una categoría jurídica del ámbito del derecho civil, siendo ajeno a la tradición médica; en la actualidad constituye un

presupuesto esencial de la relación médico-paciente, a tal grado que hoy por hoy es considerado como un derecho humano del paciente.

En relación al titular del derecho de consentir, se ha dicho que es la propia persona, el propio paciente, quien deberá sin lugar a dudas contar con capacidad de juicio, quedando excluidos quienes estén privados de ella, por razones transitorias o permanentes; entre las primeras se encuentran por ejemplo, los menores de edad, y los pacientes que se encuentran inconscientes derivado de un accidente o por trastornos ocasionados por la propia enfermedad; entre los segundos, se pueden citar a los enfermos mentales. Sobre esta temática, se ha sostenido que en situaciones excepcionales serán los familiares directos o sus representantes legales a quienes se les transfiera esa capacidad de decidir, sin dejar de lado los casos en que es el propio médico quien debe tomar la decisión, dada la urgencia en salvaguardar los bienes jurídicos del propio paciente, como la salud y hasta su propia vida; es decir, bajo el supuesto de estado de necesidad.

La oportunidad con que debe ser satisfecho el consentimiento, es previo al acto médico, y además debe ser mantenido a lo largo del proceso curativo, ya que es esencialmente revocable. En este tenor, “el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, hallándose esa premisa en dos derechos personalísimos, el que protege la libertad personal y el que se reconoce sobre el propio cuerpo, y visto así el asunto, la persona tendrá derecho a elegir el médico que la asistirá, el sistema operatorio a adoptar entre los aconsejados, el instituto asistencial de internación y hasta podrá ejercer, *ad limitum*, el derecho de arrepentimiento.”⁵¹

En cuanto a la forma, debe decirse que en principio no requiere de ninguna clase de formalidad, dado que es un contrato consensual que puede estipularse de manera verbal, pero es necesario que quede asiento de ello en la historia clínica del paciente.

⁵¹ RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., Responsabilidad del médico, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 35.

En este orden de ideas, Terragni comenta que “el consentimiento para emprender una acción riesgosa, que puede provocar la muerte o lesiones, tiene relevancia a los efectos de determinar la tipicidad...Para el caso del médico el consentimiento es un requisito de su personal deber de cuidado, de manera tal que quien tome intervención en los intereses del paciente sin el acuerdo de éste, afectará el derecho a la autodeterminación. El injusto que de ello resulte solamente podrá estar cubierto por la justificante del estado de necesidad, si se ha ocasionado un mal con el fin de evitar otro mayor e inminente al que el médico ha sido extraño. Solamente puede consentir válidamente aquella persona que tenga capacidad actual para discernir la naturaleza y perspectivas del tratamiento médico a que será sometida. Siendo así podrá decidir si está dispuesta a afrontar el riesgo inherente a toda intromisión en su organismo. Esto no puede darse en el caso de los menores, hasta determinado grado de desarrollo intelectual y de experiencia; tampoco tratándose de cierto tipo de enfermos mentales y de individuos que se hallan en estado de inconciencia.”⁵² Bajo este contexto, la omisión de recabar el consentimiento del paciente previo al emprendimiento de una acción arriesgada en su cuerpo, si que es generadora de responsabilidad penal para el profesional de la salud, dado que se violenta uno de los principios sostenidos por la teoría de la imputación objetiva en las llamadas acciones a propio riesgo, y que consiste precisamente en el principio de autodeterminación, siendo casos de excepción cuando el paciente se encuentra privado de capacidad de juicio, ya sea por razones permanentes o transitorias como bien señala Terragni. En este sentido, el consentimiento del lesionado debe haber sido manifestado con anterioridad al hecho o de otra manera concluyente.

En relación a lo antes expuesto, Galán Cortés, sostiene que “con fundamento en la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que sólo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y cuando su capacidad

⁵² Op. cit., pp. 225-226.

natural de juicio y discernimiento se lo permita.⁵³ El requisito de la capacidad no debe entenderse como la capacidad legal, sino como la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, con plena facultad para valorar las ventajas alternativas, además de la posibilidad de sobreponerse al miedo, la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esta índole. La capacidad de discernir por sí mismo debe entenderse, por tanto, como la aptitud cognitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con base en dicha información disponible).⁵⁴ Esta es sin lugar a dudas la forma idónea en que debe operar el consentimiento del paciente, en donde se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales; sin embargo, no se soslaya por supuesto, que existen casos de excepción a la posibilidad de libre expresión de la voluntad, en tratándose precisamente de los supuestos de incapacidad mental o estados de inconsciencia como ya quedo señalado en el párrafo que antecede.

“Cuando el enfermo se ve impedido de toda posibilidad de percepción de lo que ocurre en su entorno, a causa de la pérdida de la capacidad de comunicarse o de reaccionar, no puede hablarse de que autoriza al médico para que haga algo o para que cese en sus esfuerzos por mantener la vida. Es el médico quien debe decidir y no podrá ser responsabilizado por acción u omisión basada en el único dato de la falta de acuerdo.”⁵⁵ Claro esta que el médico no incurre en responsabilidad si actúa oportunamente para salvaguardar la salud o la propia vida del paciente bajo el amparo de un estado de necesidad.

⁵³ El artículo 15, fracción III, del Código Penal Federal, establece como causa de exclusión del delito, el consentimiento del titular del bien jurídico, siempre y cuando se reúna ciertos requisitos. Sobre esta temática, del contenido del numeral en cita, se obtiene lo siguiente: Artículo 15. El delito se excluye cuando: (...) III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible; b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) Que el consentimiento sea expreso o se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

⁵⁴ GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid-España, Ed. Civitas, 2001, p. 73.

⁵⁵ TERRAGNI, MARCO ANTONIO, op. cit., p. 227.

Sobre el consentimiento en el tratamiento terapéutico, Romeo Casabona en su obra *El médico y el Derecho penal*, sostiene que “el otorgamiento del consentimiento por parte del paciente constituye un hito muy importante en todo el proceso del tratamiento curativo, pues le sirve al médico para conferir licitud a su intervención concreta. El paciente en esta situación está haciendo uso de su libertad, de su derecho a disponer sobre si se somete o no a una intervención curativa; a su derecho, en suma, a decidir sobre la mejora de su salud (aspecto positivo, frente al negativo de decidir sobre la lesión del bien jurídico). Para ello hay que tener en cuenta, en primer lugar, la libertad de la persona, cuya valoración jurídica y social no es sencilla ni está exenta de la consideración de múltiples factores, constituye, junto a la vida, uno de los sustentos fundamentales del ser humano moderno; en segundo lugar, la decisión del paciente de someterse a un tratamiento curativo no implica, ni mucho menos, asegurar el éxito de aquél, con consecuencias necesariamente positivas para la salud, sino muy al contrario, supone la asunción de todos los riesgos previsible para su vida y su salud, por lo cual una decisión tan importante ha de ser necesariamente tomada personal y libremente. Además, esta exigencia se deriva también, de que el médico no puede asumir él solo la responsabilidad de una operación, sino que debe hacerla compartir con el paciente, iniciando a éste en las posibilidades y riesgos que entraña el tratamiento e interrogándole sobre su voluntad de soportar dichos riesgos y, por tanto, la operación.”⁵⁶

Es incuestionable que el paciente al otorgar su consentimiento en una intervención curativa está haciendo uso de su libertad de autodeterminación y por ello, asume de manera compartida con el médico, los posibles riesgos previsible, lo que confiere además licitud a la actuación del médico. Sin embargo, es importante señalar que el respeto a la voluntad del paciente tiene sus límites para el médico; es decir, el médico no tiene que seguir en todos los casos la voluntad del paciente; pues como lo refiere Eser,⁵⁷ según las circunstancias, se esperará de él incluso que prescinda de la voluntad del

⁵⁶ Op. cit., p. 311.

⁵⁷ Cfr. ESER, ALBIN, Estudios de Derecho Penal Médico, Trad. Manuel A. Abanto Vázquez, Perú, Ed. Idemsa, 2001, pp. 47-50.

paciente, pues un respeto total de la voluntad de éste podría evidenciar la conclusión de que le estaría prohibido al médico no solamente el tratamiento en casos de urgencia, sino que además, tuviera que atender lo que le pida en el tratamiento el paciente, pero esto no es así, pues el médico tiene la libertad de decidir sobre el inicio del tratamiento. Éste respeto a la libertad del paciente, dice el autor que se comenta, que libera fundamentalmente de pena, no rige ilimitadamente, pues, si bien el ordenamiento jurídico respeta el derecho de autodeterminación del individuo al estarle permitido a éste que se lesione, e incluso que se mate a así mismo impunemente, la participación de un tercero en dichos hechos no puede quedar impune. En otras intervenciones el derecho a la autodeterminación del paciente no es capaz de garantizar al médico la liberación de pena en cualquier caso, sino solamente en la medida en que la intervención, pese al consentimiento del paciente, no atente contra las buenas costumbres, lo que se puede traducir desde mi punto de vista, a que no haya infracción a la *lex artis*, en caso contrario, evidentemente que habrá responsabilidad penal para el médico, a pesar de que medie consentimiento del paciente, por ello, como bien refiere Eser, en esta restricción se muestra que el consentimiento del paciente si bien es una condición fundamental, no es sin más suficiente para la legalidad de una intervención médica. En tal medida el consentimiento no es una causa de justificación obligatoria, sino solamente una barrera para la justificación del actuar médico. Bajo ese contexto concluye el autor, que si bien el médico, por un lado no debe hacer más de lo que el paciente permite, por otro lado no debe hacer todo lo que éste le reclama.

En este orden de consideraciones, se puede concluir que el consentimiento del paciente es un elemento necesario para que el Juez pueda estar en aptitud de concretizar o no, un juicio de tipicidad del comportamiento médico, pues el consentimiento es un componente de la *lex artis*.

Por regla general, el consentimiento debe ser otorgado por el propio paciente antes de ser sometido a un tratamiento o intervención médico-quirúrgica; por excepción, se podrá prescindir de este; es decir, de la voluntad del paciente, en tratándose de supuestos en donde por urgencia, el médico actúa justificando su conducta por un estado de necesidad para salvaguardar

los bienes jurídicos del paciente, ya sea su salud o su propia vida, pues no debe olvidarse que el médico dada su competencia y por ende, de su rol como profesional de la salud, tiene la calidad de garante⁵⁸ en la salvaguarda de esos bienes jurídicos.

En tratándose de personas con incapacidad mental transitoria o permanente, es necesario que el consentimiento lo otorguen los familiares directos del paciente o sus tutores.

En la relación médico-paciente debe respetarse la libertad de autodeterminación de éste último, con la finalidad de compartir con el paciente los riesgos previsibles en el acto médico, sin dejar de lado, que si bien el

⁵⁸ Sobre la calidad de garante, es importante puntualizar que para Jakobs, la sociedad no debe ser entendida como un sistema que atiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, su estructura atiende a un conglomerado de relaciones en donde cada persona cuenta en su vida de relación con un determinado status que le genera a su vez deberes y obligaciones, esto implica que el hombre no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol. Con base en la asignación de roles se delimitan los ámbitos de responsabilidad, el titular de un rol sólo está obligado a lo que él compete dentro de las expectativas que le genera su status, lo demás no le concierne. El hombre tiene ante sí una sociedad con instituciones preestablecidas históricamente, como son la familia, la escuela, el Estado; de estos roles especiales surgen posiciones de garante basadas en la solidaridad; el deber de protección surge aunque el garante no haya organizado el peligro para el bien jurídico; de este rol se origina lo que Jakobs denomina competencia en virtud de una institución. Otra cosa sucede en la llamada competencia en virtud de organización, que se caracteriza porque quien ha creado una situación de peligro, tiene deberes de seguridad en el tráfico: debe procurar que el peligro no exceda los límites del riesgo permitido; si el peligro se exterioriza, tiene deberes de salvamento con respecto al bien jurídico amenazado. Para Jakobs, la posición de garante que tradicionalmente sólo era un elemento de los delitos de omisión, pasa a constituir también un elemento esencial de los delitos de comisión. Esto, en virtud de que la finalidad de la imputación es precisar si un suceso se encuentra o no dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto, si el hecho es de su incumbencia. En este orden de ideas, sólo se puede imputar una conducta cuando se tiene una posición de garante frente al bien jurídico, es decir, el rol social le impone a alguien un deber especial de solidaridad o protección (competencia en virtud de una institución) o de seguridad o salvación (competencia en virtud de organización). Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, La imputación objetiva en Derecho Penal, op. cit., pp. 48-51; LÓPEZ DÍAZ CLAUDIA, Introducción a la imputación objetiva, op. cit., pp. 86-92. A mayor abundamiento debe decirse que la calidad de garante deriva de la propia ley, por ello se habla de un deber jurídico normativo; consecuentemente, el sujeto que se encuentra en posición de evitar el resultado, se dice que tiene una posición de garante. Para que un sujeto asuma la posición de garante se hace preciso no sólo la posibilidad fáctica de actuar, sino que esta posibilidad debe estar remarcada por una exigibilidad de evitar el resultado, derivada de una determinada relación jurídica. Por ello el ordenamiento jurídico en su conjunto sirve como criterio para valorar jurídicamente la posición de evitar el resultado. Es decir, no basta con ser garante en una determinada relación jurídica, es necesario que el garante se encuentre en posición de poder evitar el resultado, situación que es importante estudiar a nivel de la culpabilidad al tratar la exigibilidad de otra conducta. Esta posición de garante puede surgir por alguna de las siguiente fuentes: El que omite impedirlo, tenía el deber de actuar para ello, derivado de: a) una ley; b) un contrato, o c) de su propio actuar precedente. En el artículo 422 del Código Penal Federal se prevé expresamente la figura de la calidad de garante, la cual se contemplo por el legislador para agravar la sanción al autor o participe de un delito contra el ambiente. Dicho numeral a la letra dice: Artículo 422. En el caso de los delitos contra el ambiente, cuando el autor o participe tenga la calidad de garante respecto de los bienes tutelados, la pena de prisión se aumentará hasta en tres años.

médico tiene el deber de recabar el consentimiento antes de iniciada la actividad curativa lo cual legitima su actuación, cierto es también, que él médico no debe ser suplido en la toma de decisiones que puedan degenerar en una infracción a la *lex artis*.

La falta de consentimiento tiene incidencia para determinar que ha habido violación del deber de cuidado, en virtud de que al ser la Medicina una ciencia que no es exacta, no es posible determinar con precisión el grado de descuido, pero existe un incremento del riesgo, que la norma desvalora cuando al peligro propio de toda actuación médica se suma el hecho de que se ha practicado sin el consentimiento del paciente.

4.6. El deber de informar los riesgos

Dentro de la doctrina, el deber de informar al paciente sobre los riesgos previsibles se le conoce también con el nombre de consentimiento informado; la exigencia del consentimiento informado es un presupuesto de licitud de la intervención médica que garantiza la tutela de la libertad de decisión del paciente.

Uno de los deberes del médico en su práctica profesional, implica el deber de informar, con la finalidad de que el enfermo pueda escoger libremente dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece, e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención; el deber de informar, no supone un mero formalismo, sino que encuentra sustento en la exaltación a la dignidad de la persona, al reconocimiento de su autonomía como individuo para elegir entre diversas opciones terapéuticas. En este sentido, el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental sobre la explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y en consecuencia a la autodisposición sobre su propio cuerpo.

Al igual que el consentimiento, el deber de informar al paciente sobre los posibles riesgos en el tratamiento o intervención, debe ser mantenido a lo largo de todo el proceso terapéutico, dado que esta información es obligatoria en toda actuación médica, es a la vez, un elemento decisivo para apreciar la validez del consentimiento, siendo la cuestión de la información un problema cualitativo y no cuantitativo.

La información debe ser la razonable para tomar una decisión válida y auténtica, acorde a los valores del individuo; debe ser ofrecida en un lenguaje claro para el paciente, de acuerdo a su nivel cultural y sus posibilidades de comprenderla. En este sentido, “el consentimiento del paciente se extiende, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado.”⁵⁹

La carga que tiene el médico de esclarecer la situación a su paciente es de gran importancia en la relación médico-paciente. Sobre este concepto de *esclarecimiento* puede recurrirse a la “Declaración de Hawai (1983) de la Asociación Mundial de Psiquiatría, que expresa: El psiquiatra debe informar al enfermo de la naturaleza de su padecer, de los procedimientos terapéuticos disponibles incluyendo posibles alternativas, y del pronóstico previsible. Esta información debe ser proporcionada con consideración, y al enfermo se le debe dejar la oportunidad de escoger entre los métodos adecuados que estén disponibles.”⁶⁰ Con esto queda patentizado que el deber de informar implica el respeto a la libertad del paciente en la elección del tratamiento a seguir.

“La interacción correcta médico-paciente supone establecer un equilibrio tal que ninguno haga prevalecer su voluntad sobre la del otro arbitrariamente. El médico tiene que esclarecer al paciente los temas que necesita conocer, en cada tramo del tratamiento, y no sólo al inicio, para que luego éste decida lo que le convenga que el médico haga en relación con su salud. En el caso de que el paciente, suficientemente enterado y en condiciones de decidir libremente, opte por no seguir las indicaciones del profesional, éste no incurrirá en responsabilidad por omisión. Debe tenerse en

⁵⁹ TERRAGNI, AMRICO ANTONIO, op. cit., pp. 116-117.

⁶⁰ Ibidem, pp. 115-116.

cuenta que el daño que el paciente se procure a sí mismo queda en la esfera de sus acciones autónomas y esa consecuencia no le puede ser cargada a un tercero. La imputación objetiva del resultado al médico se origina en el incremento del riesgo que por sí mismo realice, y no se da cuando el peligro es causado por las actitudes del paciente, que solamente a él le pertenecen.”⁶¹ En este sentido puede decirse, que si bien no existe responsabilidad penal para el médico cuando el propio paciente se autolesiona, o lleva a cabo acciones a propio riesgo, como el omitir las recomendaciones del médico en relación a los cuidados que debe tener después de haber sido dado de alta, como por ejemplo acudir semanalmente a que se le hagan curaciones para evitar una posible infección, esto pone de relieve, que el deber de informar, no se limita únicamente a que al paciente se le informe de los posibles peligros existente durante el tratamiento propuesto, sino que también existe un deber de informar de las posibles consecuencias pos-operatorias, lo que puede incidir, sin lugar a dudas, en la infracción o no, al deber de cuidado debido.

Resulta claro que la doctrina del consentimiento informado sirve principalmente como protección del derecho de autodeterminación del paciente, sobre esto, Rabinovich-Berkman, señala que “la información que debe brindarse al paciente para recibir su consentimiento no sólo ha de incluir los riesgos materiales, sino las terapias alternativas y los peligros de no someterse al tratamiento sugerido, reforzando de ese modo la prioridad del derecho del paciente a su autodeterminación.”⁶²

En la práctica médica existen deberes que el profesional de la salud deber asumir con estricto apego a la *lex artis*, so pena de incurrir en una infracción al deber de cuidado debido, por ello, “un consentimiento obtenido de un paciente al que se le han ocultado los riesgos inherentes a la terapia consentida, no merece el nombre de tal. En consecuencia, la falencia en proveer la información adecuada –aun cuando el paciente hubiera autorizado el tratamiento- es vista como práctica negligente. Un consentimiento no informado no es un consentimiento. El médico que soslaya datos relevantes al enfermo

⁶¹ Ibidem, p. 116.

⁶² Op. cit., p. 47.

obtiene una aceptación fraudulenta...El concepto de consentimiento incluye el de información. Una operación es no consentida si no se ha advertido al paciente de los peligros que enfrenta: el paciente sólo puede asumir útilmente el riesgo si es claramente advertido de las consecuencias posibles de la intervención que se le aconseja. En efecto, gracias a esta información, será posible comparar los beneficios estimados y los riesgos que se corren.”⁶³ El ocultamiento del diagnóstico y del pronóstico médico trae como consecuencia, la nulidad del consentimiento por encontrarse viciado de origen, por eso, un consentimiento que no se encuentra debidamente informado en apego a la verdad, es generador de un riesgo no permitido y quebranta además el principio de confianza en la relación médico-paciente. En tal virtud, cuanto más riesgosa sea la intervención del profesional, tanto más necesaria es la advertencia por parte del médico, quien puede llegar a ser responsable por esa omisión de informar.

Sobre esto último, Romeo Casabona, refiere que “cuando más grave e importante es el tratamiento previsto, menos necesario y menores son los beneficios que se pueden esperar del mismo, mayor ha de ser la extensión de la información. La intervención que ofrece menos riesgos requiere menor información, como al contrario exige que ésta sea mayor cuanto más riesgos y peligros ofrezca el tratamiento. Esto obliga a que en la totalidad de las intervenciones quirúrgicas que no son estrictamente curativas (cirugía estética, extracción de órganos para trasplante) la información sea exhaustiva. También aumenta el deber de ampliar la información en la medida que disminuye la indicación (porque haya considerables contraindicaciones), o se trata de aplicar técnicas nuevas o experimentales. Cuanto menos urgente es la intervención mayor debe ser la información, y a la inversa...La información debe ser asimismo amplia y detallada en tanto existan dudas sobre el diagnóstico y no exista, por tanto, seguridad en el acierto del tratamiento prescrito, y también cuando se le ofrezcan al paciente varias alternativas de tratamiento.”⁶⁴ Como se ve, la profundidad en la información depende de la gravedad e importancia del tratamiento; sin embargo, el hecho de que sea poco importante no exime al

⁶³ Ibidem, pp. 47-48.

⁶⁴ El Médico y el Derecho Penal, op. cit., pp. 338-339.

médico de cumplir con el deber de informar, pues este supuesto se actualiza en los casos de urgencia, sin soslayar como ya se dijo más arriba, que el deber de informar persiste durante todo el tiempo que el paciente este bajo el cuidado del médico.

Sobre esto, Galán Cortés refiere que “este deber de información no se agota en un momento determinado, como pudiera ser el inicial o aquel en el que se formula el diagnóstico, sino que recorre todo el *iter* por el que atraviesa la prestación de la actividad médica y sólo puede obviarse cuando la urgencia de la intervención del facultativo sea tal que no permita perder unos minutos en esta información previa para salvar una vida. Esta información debe ser trasladada al paciente con la antelación suficiente para que pueda reflexionar sobre su decisión (plazo de reflexión), al objeto de que la misma, dada su trascendencia, sea adoptada con la necesaria serenidad. La información para el consentimiento no se congela en un instante determinado, sino que puede plantearse en diferentes momentos a los largo del proceso, en tal forma que en muchos supuestos el deber de información puede no terminar con el tratamiento, ya que tal obligación pesa sobre el médico mientras el enfermo se halle bajo su cuidado, no agotándose en un momento concreto (el inicial o el del diagnóstico).”⁶⁵

Como ya quedo señalado, entre los supuestos de excepción a informar, pueden mencionarse los casos de urgencia, en donde por la premura de tiempo el médico no puede perder tiempo en informar al paciente por estar en inminente peligro su salud o su propia vida, pero también en aquellas situaciones en que la información puede traer consecuencias de empeoramiento en las condiciones físicas o psíquicas del paciente, es decir, que al enterarse de las verdaderas condiciones de su salud entre el paciente en estados de depresión, en estas condiciones como bien lo refiere Terragni, “no es necesario informar cuando de ello se derive un perjuicio más grave que el que se produzca afectando el derecho a la autodeterminación.”⁶⁶ Sobre esto, considero que será el médico quien previa valoración de lo anterior deberá

⁶⁵ Op. cit., p. 113.

⁶⁶ Op. cit., p. 118.

tomar la decisión de informar o no, pero justificando su actuación de manera razonada, dejando constancia por escrito en el correspondiente expediente clínico.

Finalmente sobre el deber de informar, o consentimiento informado, se puede concluir que es un presupuesto de licitud de la intervención médica que garantiza la tutela de la libertad de decisión del paciente, su libertad de autodeterminación.

Sin embargo, el hecho de que el médico omita informar a su paciente sobre los posibles riesgos en el tratamiento o intervención médico-quirúrgica, o en las alternativas de tratamiento para solucionar su mal, ello por sí solo no representa una conducta típica de un delito culposo, aunque puede incidir en la afectación a la autodeterminación del enfermo; sin embargo de lo que se trata, es que en algunos casos la falta de información puede traer consecuencias desfavorables en la salud o en la propia vida del paciente, es decir, la violación de aquella obligación puede dar lugar a una responsabilidad culposa en caso de fracaso del procedimiento adoptado, pues la información omitida bien podía haber evitado el resultado dañoso en la salud o vida del paciente, dado que esa falta de información puede traer como resultado una no exacta observancia del paciente sobre las prescripciones e indicaciones de su médico, las cuales bien podrían haber sido decisivas para lograr un acierto en la salud del paciente.

4.7. La creación y realización de riesgos en el paciente

Se hace la aclaración, que en el presente apartado únicamente se hará una breve referencia a los criterios que ofrece la teoría de la imputación objetiva para explicar en qué consiste la creación y realización de riesgos, para posteriormente aterrizar estos criterios en lo que constituye la actividad médica; en tal virtud, y sin pretender hacer un análisis más profundo sobre el tema, dado que ello ya fue objeto de estudio en el capítulo tres de esta tesis doctoral vasta decir, que en la práctica médica, día con día el profesionista de la salud se encuentra por lo general en situaciones en las cuales expone a ciertos riesgos al paciente que se encuentra bajo su atención y cuidado, ya sea en la

implementación de algún tratamiento o con motivo de una intervención quirúrgica, ello con la finalidad de cumplir con su cometido, y de conformidad con la *lex artis médica*, sin embargo, en atención a los principios de la imputación al tipo objetivo, sucesivamente estructurados, y que propone la teoría de la imputación objetiva, (creación y realización de riesgos, así como el alcance del tipo) el médico puede crear ciertos riesgos que pueden sobrepasar el riesgo permitido y verse reflejados en la realización de un resultado objetivamente imputable, pero también puede ser el caso, que a pesar de que el médico haya creado ciertos riesgos en la salud o vida del paciente y éstos se hayan materializado en la realización de un resultado, no por ello se actualizará un comportamiento típico de lesiones u homicidio, siempre y cuando no se sobrepasen los límites del riesgo permitido, lo que implica haber actuado con apego a la *lex artis*, y al deber objetivo de cuidado, en estas condiciones se actualizará la hipótesis de atipicidad de ese comportamiento.

Como ya se señaló en su oportunidad, la imputación objetiva lo que persigue es determinar si un resultado puede ser imputado a una determinada persona como consecuencia de su comportamiento, desde un punto de vista objetivo-normativo, teniendo como base el llamado principio del riesgo, es decir, del peligro que haya creado el autor.

Es por ello que para la teoría de la imputación objetiva, un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado. En estas condiciones, es precisamente aquí en donde se puede observar la relevancia de la teoría de la imputación objetiva para el presente estudio, ya que de lo que aquí se trata es de esa creación de peligros por parte del profesional de la salud, y que van a incidir en el ámbito de organización del paciente con un determinado resultado que habrá que ver si es o no imputable al profesional de la salud.

Como ya se apuntó en su momento, la teoría de la imputación objetiva se sirve de diversos criterios normativos para descartar o excluir la posible

imputación del resultado a la persona. Dichos criterios como ya se vio, siguiendo a Jakobs, son: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la actuación a propio riesgo de la víctima. Por su parte, para Roxin los principios de la imputación al tipo objetivo, sucesivamente estructurados, son la creación y realización de un riesgo no permitido, y el alcance del tipo. Es decir, 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 típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.

Por lo tanto, en el problema de la imputación del resultado al médico, habrá de tomarse en consideración si su conducta ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico. De tal suerte, debe afirmarse con Roxin 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.”⁶⁷ Por argumento en contrario, se puede decir, que si no estamos ante un riesgo o peligro que haya creado y realizado el agente, no podrá imputarse a éste el resultado en cuestión.

En este orden de consideraciones, estimó que el cometido del profesional de la salud no es otro que el de procurar la buena salud o bienestar del paciente, pero en ciertos casos debe arriesgar en alguna forma la salud del mismo para mejorar su situación, es decir, tiene que empeorarla en primer lugar, todo ello para llegar al resultado querido, que es precisamente la recuperación del paciente. De esta manera, tenemos que el profesional de la salud organiza determinados riesgos en la esfera personal del paciente con el propósito de brindar salud al mismo, por lo que es tolerable aquella exposición al peligro.

⁶⁷ Derecho Penal, parte general, T. I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, op. cit., p. 363.

Cuando el paciente, para mejorar su salud, requiere ser sometido, por ejemplo a una operación para extirparle un tumor cerebral, es innegable, que por una parte, el anestesiólogo está creando una situación de riesgo al colocar la anestesia que, como es sabido puede conllevar graves efectos en la persona; y por otra parte, el médico también está creando un peligro para el paciente al realizar la incisión con el bisturí para proceder a la operación. En este momento entra en juego lo que se llama *riesgo permitido*, ya explicado ampliamente en este trabajo y que, conlleva como también ya se dijo, a la exclusión de la tipicidad del comportamiento, por ende a su no sanción penal.

Atento en lo antes expuesto, puede concluirse que en curso de la acción curativa o tratamiento médico puede suceder, que el riesgo organizado por el profesional de la salud, se concrete en un daño para el paciente. En este caso, habrá que afirmarse, que en virtud de haber creado un riesgo permitido, el resultado dañino no será imputable, y se deberá tener como un desafortunado desenlace, ya que lo que se perseguía era el bienestar del paciente, y no el daño causado; advirtiéndose como ya se dijo en un inicio, que el profesional de la salud haya observado la *lex artis médica*, con la debida observancia del deber objetivo de cuidado. Y es que, en el caso de la operación exitosa, la puesta en peligro del paciente habrá servido para su curación, mientras que en el caso de la operación sin éxito, no se logra la curación, sino un daño, pero en virtud de la organización de un riesgo permitido, que era aceptado de conformidad con las reglas de la *lex artis* no es posible hacer juicio de imputación al profesionista de la salud.

4.8. ¿Responsabilidad de medios o de resultados?

Como se acaba de señalar, el médico en el ejercicio de su profesión puede crear ciertos riesgos que pueden verse concretizados en la realización de resultados dañinos para la salud o vida del paciente, sin embargo el carácter típico de este comportamiento dependerá en cada caso, y en lo que a nosotros interesa, de si el médico en su actividad curativa sobrepasa o no los límites del riesgo permitido, lo que trae como consecuencia el éxito o fracaso en el tratamiento o intervención médico-quirúrgica, es decir, en la praxis médica

el profesionalista de la salud adquiere obligaciones, pero éstas, dado que la medicina es una ciencia no exacta, no pueden garantizar la obtención de resultados, sino que únicamente ofrece los medios para tratar de obtener la recuperación de su paciente, en apego a las reglas de la *lex artis médica*.

Acorde con lo anterior, se ha dicho que en la práctica de la medicina “el médico no se compromete a curar, pero se obliga a prestar todos los cuidados necesarios de acuerdo con las reglas de su arte o profesión; se garantiza la prestación de un servicio en determinadas condiciones, no el resultado de ese servicio. Pero esa conclusión no impide, de manera alguna, que pueda existir responsabilidad contractual, puesto que lo que se le reprocha al médico es el no haber observado en la prestación de los servicios contratados, las diligencias y las reglas de conducta impuestas por su arte o profesión, incorporadas implícitamente al contrato de locación de servicios. El médico no está comprometido legal o contractualmente a curar, sino a tratar de hacerlo, aplicando técnicas y métodos científicamente correctos, y poniendo la mayor diligencia en el ejercicio de su ministerio.”⁶⁸ Lo anterior quiere decir, que si bien, dentro de las obligaciones que contrae el galeno en la relación médico-paciente, no esta la de garantizar la curación del paciente, lo cierto es que, sí esta obligado a actuar con la mayor diligencia y cuidado que su arte le impone.

“A pesar de todos sus avances, la Medicina sigue siendo más arte que ciencia, donde interviene en gran medida el factor subjetivo o reaccional del paciente. De ahí que la obligación normal del Médico sea de medios (poner toda la diligencia) pero sin asegurar el resultado, que sería la curación. No obstante hay casos específicos en que la relación entre Médico y paciente es contractual y se acuerda la obtención de un resultado concreto. Típicamente en la cirugía estética, cosmética o de embellecimiento (que se diferencia de la reparadora). También puede entenderse como obligación de resultados la odontología, en facetas protésica, cosmética o de embellecimiento. Los análisis clínicos y los exámenes radio, electro y ecográficos, también comportan un

⁶⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, Prueba de la culpa médica, 2ª ed., Argentina, Ed. Hammurabi, 1993, pp. 59-60.

resultado, puesto que utilizando la tecnología actual puede exigirse exactitud, si se han observado en su realización los protocolos normalizados.”⁶⁹

En este orden de consideraciones bien se puede advertir, que como regla general el médico se obliga a cumplir con una actividad técnico-científica, pero en ningún momento puede asegurar el logro del resultado final esperado por el paciente, la curación o mejoría de su salud. Como excepciones a la regla general, se encuentran el grupo de casos en donde la medicina no tiene una finalidad curativa, sino de orden estético, en donde prácticamente no se atiende a la recuperación de la salud del paciente, sino, que por el contrario se atiende más que nada a simples caprichos del cliente, lo que trae como consecuencia, que el médico si esta obligado a garantizar resultados, esto como se verá más adelante ha sido motivo de severas críticas.

En contra del criterio que establece que en las actividades no curativas, sino de orden estético, las obligaciones no son de medios, sino de resultados, Vázquez Ferreyra, expresa: “en nuestro país muchas veces se ha querido incluir como obligaciones de resultado a las operaciones de cirugía estética. Es este sentido se ha dicho: si bien se ha considerado por lo general que la obligación asumida por el médico no es de resultado (sanar al enfermo), sino de medios, o sea emplear toda la diligencia y prudencia a fin de lograr su curación, la que no puede asegurar, se hace excepción de algunos supuestos particulares, entre los que se cuenta la cirugía estética, en los cuales la obligación se considera de resultado, puesto que de no proponerse un resultado feliz al paciente, éste no se sometería al tratamiento u operación. Por nuestra parte creemos que siempre que se trate de una curación o mejoría del paciente, estamos frente a una obligación de medios y no de resultados. Ello por cuanto lo único que se puede exigir al profesional es la actividad diligente, y no la consecución de un resultado final que escapa al control del médico. Si bien ese resultado final está en el objeto de la obligación, nunca es exigible como tal.”⁷⁰

⁶⁹ LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, GUSTAVO, Defensas en las negligencias médicas, Madrid, Ed. Dykinson, 1991, p. 44.

⁷⁰ Op. cit., pp. 63-64.

“El carácter inductivo de la ciencia médica no permite afirmaciones terminantes o matemáticamente categóricas. Precisamente esa característica propia de esa rama del saber es la que ha llevado a calificar a la obligación del galeno, como de medios y no de resultados por la imposibilidad de su ciencia o arte para abarcar la infinita variedad de cada individuo.”⁷¹

En el mismo sentido, Rabinovich-Berkman sostiene: “no creemos que existan motivos científicos para caracterizar de un modo genérico a las obligaciones de los cirujanos estéticos como de resultado, diferenciándolas así de las de los demás especialistas quirúrgicos. Estimamos, por el contrario, que la diversificación reside más en raíces inherentes a nuestra cultura judeo-cristiana, proclive a declamar (a menudo hipócritamente) un desprecio a la belleza física..., y a no considerar la fealdad como una forma de enfermedad.”⁷²

Como se puede observar, existe una regla general que establece que, en tratándose de actividades curativas, la obligación que adquiere el médico en el ejercicio de su profesión es de medios y no de resultados, a lo que se obliga el galeno es a tomar todas las medidas de cuidado debido que su arte le imponen, lo que no se puede garantizar es la recuperación de la salud del paciente o el éxito en el tratamiento o intervención médico-quirúrgica.

A la regla general, se anteponen casos de excepción, en donde se dice que la obligación del médico no es de medios, sino de resultados, dado que si no fuera así, entonces el paciente no se hubiera sometido a dicha intervención, en este grupo de casos se encuentran, entre otras, las cirugías estéticas.

Sobre este último punto, considero que no es atinado el criterio de establecer una obligación de resultados, bajo el argumento, de que si no fuera así, el paciente no se hubiera sometido a dicha intervención, pues evidentemente que al ser la medicina una ciencia no exacta, el médico, en estos casos tampoco puede garantizar al cien por ciento los resultados, es

⁷¹ Ibidem, p. 64.

⁷² Op. cit., p. 482.

decir, el éxito de su intervención, pues además no se soslaya que a pesar de que el médico ponga todo el deber de cuidado que la *lex artis* le impone, pueden concurrir factores accidentales que irrumpen el resultado que en un principio de había garantizado, piénsese por ejemplo en las llamadas concausas, como puede ser una infección hospitalaria, las cuales suelen ser muy frecuentes, dado el gran número de pacientes que entran y salen de estos lugares, y que a pesar de implementarse medidas de desinfección, existen siempre mutaciones entre los microorganismos que ahí se encuentren; además, también pueden concurrir otro tipo de causas, como alergias o patologías previas que el mismo paciente padecía y fue omiso en informarlas a su médico. En este sentido, estimo que a lo que si esta inquebrantablemente obligado el profesional de la salud, ya sea en actividades curativas o no curativas, es a cumplir con el deber de cuidado que la *lex artis* médica le impone, no sobrepasando lo límites del riesgo permitido.

4.9. Producción del resultado (la muerte o lesión del paciente)

Como ya se señaló, la doctrina mayoritaria describe el tipo de injusto del delito imprudente como la infracción de las normas de cuidado o de diligencia debida que produce un resultado típico. Este concepto normativo de imprudencia está constituido por tres elementos fundamentales, que permiten calificar a un comportamiento como imprudente: la previsibilidad objetiva del resultado y la infracción de la diligencia o, cuidado debido, éstos conforman el desvalor de la acción, mientras que el resultado objetivamente imputable representa el desvalor del resultado.⁷³ Luego, el comportamiento activo u omisivo en los delitos de comisión imprudente traen necesariamente aparejado un resultado dañoso, conformándose así, un elemento más en la cadena causal.

⁷³ Es importante señalar, que la previsibilidad objetiva del resultado, la infracción del deber de cuidado y el resultado objetivamente imputable, son elementos de carácter normativo que son susceptibles de medición, fundamentalmente para la individualización de la pena en el delito culposo, pues de la lectura del artículo 60 nuestro Código Penal Federal así se denota con claridad en tratándose de la culpa grave; es decir, sirven para medir la gravedad de la culpa.

Siguiendo esta línea del pensamiento, como acertadamente lo refiere Romeo Casabona en su obra *El médico ante el Derecho*, “para la existencia de responsabilidad penal del médico no basta con una conducta imprudente por parte de aquél, es decir, con un actuar que no responde al cuidado objetivamente debido. Hace falta, además, que se haya producido un resultado perjudicial para el paciente. Este resultado puede significar un daño en la salud e integridad corporal del paciente, e incluso, en casos extremos la pérdida irreparable de la vida.”⁷⁴

En el mismo sentido, Hava García sostiene: “los comportamientos descuidados que con más frecuencia se realizan en el ámbito sanitario requieren, para ser penados como imprudencias graves profesionales, la producción de algunos de los resultados lesivos expresamente tipificados por el legislador penal: muerte, lesiones, aborto o lesiones al feto. De este modo, la mera constatación de una infracción de las normas de cuidado médicas no dará lugar a responsabilidades penales si con ella no se produce un menoscabo efectivo de los bienes jurídicos vida o salud, de la persona.”⁷⁵ En este sentido, si bien es cierto para que se actualice el tipo de injusto imprudente es necesaria la infracción al deber objetivo de cuidado por parte del médico en el desempeño de su profesión, es preciso que también dicho resultado sea objetivamente imputable al comportamiento descuidado del galeno, lo que hará que su comportamiento sea típico.

Sobre la tipicidad o atipicidad del comportamiento médico, Romeo Casabona⁷⁶ sostiene que uno de los primeros intentos en excluir el tipo objetivo de lesiones y homicidio, consiste en afirmar que la operación quirúrgica y el tratamiento médico son una forma de protección de la salud, es decir, el médico que trata a un paciente no tiene ninguna intención de dañar su cuerpo o su salud, su esfuerzo y finalidad están encaminados a mejorar la salud del paciente y no a causarle daños. En este sentido, refiere que si en el tipo objetivo se comprende también la producción de un resultado, habrá que

⁷⁴ Op. cit., pp. 78-79.

⁷⁵ Op. cit., p. 107.

⁷⁶ Cfr. *El médico y el Derecho penal*, op. cit., pp. 164-173.

determinar cuándo se da éste, y concluye que cuando la intervención del médico en el paciente lleve a una mejoría de la salud de éste o a un restablecimiento de su integridad, la conducta del médico no realizará el tipo objetivo de lesiones, pues valorado el proceso en su conjunto (todo el tratamiento) el resultado ha sido el de la protección efectiva del bien jurídico, la falta de tipo se aprecia en la inexistencia del resultado lesivo. Pues las posibles molestias (producción de una herida, dolores, inflamación, alguna extirpación) que lleve aparejada la intervención están en función del logro del resultado final, que es precisamente la curación del paciente. A la inversa, dice el autor citado, la intervención que no consigue un resultado favorable, es decir, fracasada, realiza, por el contrario, el tipo objetivo de las lesiones (el de homicidio, si el paciente fallece a consecuencia de la intervención). En estos casos hay un desvalor del resultado.

Lo anterior no quiere decir, que en todos los caso en que la intervención sea fracasada se estará necesariamente ante la comisión de un delito culposo, pues este únicamente se actualizará cuando se demuestre que en la actividad del médico hubo infracción al deber objetivo de cuidado que su ciencia o arte le imponían, incrementando y sobrepasando el riesgo permitido, esto es así, pues puede ser el caso, que a pesar de que el profesional de la salud se apegue estrictamente a las reglas de la *lex artis ad hoc* haya la producción de un resultado dañoso pero por causas originadas por lo que suele denominarse *fallo técnico*.

En este sentido, Terragni señala que “el médico puede equivocarse acerca del método terapéutico que ha aplicado. La equivocación constituirá, en principio, una cuestión científico-técnica, que no tiene necesariamente relevancia jurídica. No se identifica con alguna de las formas de aparición de la culpa; aunque puede constituir una señal...De manera tal que ni siquiera es suficiente, a los efectos de considerar al médico como autor del delito de homicidio o de lesiones culposas, que haya incurrido en impericia, por ejemplo equivocándose en alguna de sus actuaciones, si ello no ha representado un

incremento del riesgo permitido y el resultado no ha sido la concreción de ese exceso respecto del peligro, normalmente tolerado.”⁷⁷

Como se puede observar, la existencia de un resultado dañoso para el paciente, no implica necesariamente la existencia de culpa punible en el profesional de la salud, resulta necesaria la comprobación de que su comportamiento no respondió a las exigencias del deber objetivo de cuidado. Romeo Casabona congruente con lo anterior, sostiene: “el fallo técnico no supone una valoración jurídica, puesto que se trata únicamente de la comprobación fáctica de que un determinado acto clínico o quirúrgico no es correcto desde el punto de vista técnico. Esta idea de la neutralidad valorativa del fallo técnico significa que una vez comprobada su existencia y que efectivamente se le ha producido un daño al paciente (el resultado) hay que averiguar si también se infringió el cuidado debido en los términos que hemos visto más arriba. No siempre llegaremos necesariamente a la respuesta afirmativa. El error o fallo técnico es, como se ha dicho, un concepto científico, que no implica por si mismo la culpa, que lo es jurídico.”⁷⁸

Es importante señalar también, que para la teoría de la imputación objetiva es exigencia que el resultado sea una materialización del riesgo creado con el comportamiento; es decir, que la lesión típica de lesiones u homicidio sea directa consecuencia de la infracción de la norma de cuidado. Sin embargo, como se acaba de señalar, no todo comportamiento médico que cause como resultado daños en el cuerpo del paciente tiene relevancia penal, partiéndose de la errónea idea, de que se ha infringido el deber objetivo de cuidado por el sólo hecho de existir la producción de un resultado. Sobre este tópico Hava García hace la siguiente reflexión: “si bien es cierto que, en términos temporales, el desvalor de acción precede siempre al desvalor del resultado, las características estructurales del ilícito culposo pueden crear la tentación en el juzgador de trazar el camino contrario a la hora de calificar el comportamiento analizado. En efecto, el Código Penal⁷⁹ castiga la actuación

⁷⁷ Op. cit., p. 152.

⁷⁸ El Médico ante el Derecho, op. cit., p. 79.

⁷⁹ La autora se refiere al Código Penal de la localidad de Valencia, España.

imprudente sólo cuando provoca la lesión de determinados bienes jurídicos, y ello puede llevar a la equivocación de constatar, en primer lugar, que si se ha producido uno de los resultados típicos descritos, para, a partir de este dato, dilucidar si alguna de las acciones y/u omisiones realizadas en relación con el bien jurídico afectado sobrepasó el riesgo permitido hasta el punto de dañarlo. El peligro que genera tal proceso deductivo es evidente: fácilmente se puede caer en la trampa de dotar de contenido a los supuestos deberes de cuidado infringidos, en función del concreto resultado que se haya producido; deduciendo, erróneamente, el desvalor de la acción a partir de la constatación del desvalor de resultado.”⁸⁰

En este orden de consideraciones, estimo que si bien, para que se concrete el tipo objetivo debe haber una creación y realización de riesgos, lo que implica la existencia de un desvalor de la acción y un desvalor de resultado imputable objetivamente a alguien, ello involucra necesariamente, que para que se actualice un delito imprudente no basta con el despliegue de una infracción al deber objetivo de cuidado, (desvalor de la acción) sino que deberá existir también la producción de un resultado dañoso (desvalor de resultado); sin embargo debe decirse también, que no por el hecho de que en el mundo fáctico exista un resultado, (lesiones o muerte del paciente) ello por sí, no puede dar por acreditada la existencia del desvalor de la acción del médico, es decir, no se debe partir de un análisis deductivo que implique primero advertir la acreditación del desvalor del resultado para posteriormente dar por acreditado el desvalor de la acción, lo que quiere decir, en relación a lo que venimos analizando, que no por el hecho de que exista una intervención médica fracasada con resultados dañosos en el cuerpo del paciente, se actualiza la culpa punible en contra del médico, pues como ya se señaló debe partirse en primer lugar de la existencia del desvalor de la acción (infracción al deber objetivo de cuidado) y posteriormente entrar al estudio del desvalor del resultado (lesiones o muerte del paciente) y en su conjunto concretizar el tipo objetivo. Lo anterior quiere decir, que no todos los resultados dañosos derivados de la actividad médica pueden ser típicos del delito de lesiones u

⁸⁰ Op. cit., p. 109.

homicidio, primero hay que acreditar el primer nivel de análisis que lo es, el desvalor de la acción y posteriormente el desvalor del resultado, de acreditarse estos dos niveles analíticos de la sistemática de la imputación objetiva, se estará en aptitud de atribuir el resultado al comportamiento negligente del médico.

4.10. Nexo de causalidad en la práctica médica

Es importante decir, que del contenido del artículo 9º del Código Penal Federal, que define lo que debe entenderse por delito culposo, nada se dice del nexo de causalidad, únicamente se establece que obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; sin embargo, como ya se estudio en su oportunidad en el capítulo dos de este trabajo, es evidente que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer cuales son los elementos del delito culposo, de donde resulta, que el nexo de causalidad evidentemente forma parte de su estructura dogmática.

La relación de causalidad o nexo de causalidad entre la acción desplegada por el profesional de la salud y el resultado producido, (lesiones o muerte del paciente) es imprescindible para que el delito culposo pueda surgir a la luz del Derecho penal, éste es un requisito que ha establecido nuestro máximo Tribunal Federal.

En este sentido, como bien lo refiere Manzano García, “para juzgar una mala práctica médica en el ejercicio de la medicina, como en todo proceso legal, debe establecerse un nexo de causalidad.”⁸¹ La causalidad es el camino

⁸¹ Es importante señalar que el nexo de causalidad existe no únicamente en los delitos de comisión, sino también en los de comisión por omisión. Sobre éste tópico ya se dijo en el capítulo uno de este trabajo, que existen criterios divididos, es decir, entre quienes sostienen que no existe nexo de causalidad en los delitos de comisión por omisión, y los que defienden la afirmativa. Sobre esta temática, me adherí a la afirmativa, bajo el argumento de que existe relación de causalidad en esta clase de delitos, cuando del actuar conforme al mandato legal de evitar la producción del resultado, éste se hubiese evitado; es decir, se admitirá el nexo de que hablamos cuando podamos decir que con el cumplimiento del deber jurídico se hubiera evitado el resultado. Véase *supra* pp. 79-86.

o proceso que conduce desde el hecho inicial hasta la actuación motivo de controversia, es el puente entre el acto médico y la situación lesiva.”⁸²

Para poder acreditar el puente existente entre el acto médico y el resultado lesivo, algunos autores como Carrillo Fabela, han sostenido que dicha acreditación deberá ser a través del correspondiente dictamen médico-pericial, sobre este punto, la autora en cita, sostiene: “en los casos en que el perito concluya en su dictamen médico-pericial, haber existido algún tipo de falta cometida por parte del médico, deberá siempre demostrar la relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado, es decir, demostrará el puente existente entre el acto médico y la situación patológica o lesiva denunciada como resultante de aquél, y sólo cuando se demuestre este nexo de unión podrá aceptarse que la falta médica ha sido fundamento y origen de aquel daño.”⁸³ Es decir, de no acreditarse el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el médico y el resultado producido, no es posible atribuir dicho resultado al comportamiento activo u omisivo del profesional de la salud, con independencia por supuesto, de los criterios normativos que ofrece la teoría de la imputación objetiva en la acreditación del nexo de causalidad y estar en aptitud de imputar objetivamente al agente el resultado dañoso.

En relación al grupo de casos en donde se actualiza un comportamiento activo y existe la duda para poder determinar si la actividad, descuidada y peligrosa del médico, ha sido la que efectivamente ha producido el resultado o si, por el contrario, éste se debió a la concurrencia de otro riesgo; Hava García pone el siguiente ejemplo, y sobre el mismo hace las siguientes consideraciones:

“La señora P.F., en estado de gestación de doce semanas y media, ingresó en el Hospital Materno Infantil V. N. con dolor punzante en fosa ilíaca derecha, diagnosticándosele entonces un quiste anexial benigno. Varios días después, la paciente fue de nuevo ingresada para evaluar su caso, cosa que

⁸² Op. cit., p. 70.

⁸³ Op. cit., p. 80.

así se efectuó, no detectándosele en la ecografía anomalías fetales pero sí otro quiste en plexos coloideos fetales que elevan el riesgo de malformaciones.

Informada la paciente de su situación clínica y de la posibilidad de diagnóstico prenatal, aceptó que se le practicase una amniocentesis genética para la determinación del cariotipo fetal, la cual fue realizada por el médico acusado, J. C., consistente ésta en una punción vía abdominal de la cavidad amniótica para extraer líquido amniótico, con una aguja de 20 milímetros guiada ecográficamente; tras la realización de dicha prueba, la paciente fue dada de alta, prescribiéndosele reposo y la continuación de los controles prenatales.

En la tarde de ese mismo día, la señora P. F. reingresó por urgencias del mismo hospital, con una temperatura de 40,5°, vómito y malestar general; el hemocultivo que se le realizó confirmó el desarrollo de la bacteria *escherichia coli*. La paciente, que permaneció hipotensa durante toda la intervención de laparotomía que se le tuvo que practicar, fue trasladada posteriormente a la UVI, donde falleció en la madrugada del día siguiente, a consecuencia de un fallo multiorgánico provocado por shock séptico por contaminación de la bacteria mencionada.

En este caso aunque se estimara probado que, con la punción realizada, el médico infringió el deber de cuidado que le era exigible, no resultaría posible imputar el resultado al acusado, en la medida en que la sentencia no considera acreditada la relación causal entre el fallecimiento de la paciente y la intervención previa del facultativo, pues no se ha podido determinar a ciencia cierta si la contaminación fue por punción de asa intestinal y posterior siembra o que el instrumental médico estuviese contaminado, sin que tampoco pueda descartarse, según el parecer de determinados peritos, la infección espontánea o por causas naturales; cúmulo de hipótesis que en definitiva hacen que no quede determinada la imprudencia médica en el desarrollo de los hechos que

se enjuician, por lo que no cabe reproche culpabilístico alguno para el imputado.”⁸⁴

En el caso que se plantea, existirían causas y concausas que podrían haber sido las generadores del resultado, sin embargo, lo que no se determinó con certeza fue el nexo de causalidad entre la acción previa del médico y la muerte de la paciente, por ello consideró que lo que se excluye en éste caso es la tipicidad, en virtud de la no acreditación del nexo de causalidad, el cual se encuentra ubicado sistemáticamente en la tipicidad; por lo cual, disiento del criterio sostenido por Hava García, para quien no hay, dice, reproche culpabilístico, es decir, da ha entender qué es la culpabilidad la que se excluye, lo que resulta desatinado dada la estructura de la culpabilidad, la cual se conforma por la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta; luego, es inconcuso que ninguno de éstos elementos fue el que se vio excluido.

Con relación a los delitos de omisión, se ha sostenido que “intentar constatar en estos casos la existencia de una relación de causalidad entre los dos elementos esenciales del tipo objetivo imprudente (desvalor de acción y desvalor de resultado) es una tarea condenada al fracaso, porque es evidente que una mera omisión, al menos en términos puramente naturalísticos, no puede causar un resultado. Se habla por ello de cursos causales hipotéticos y se trata de deducir de éstos el comportamiento alternativo correcto: lo decisivo entonces en la comisión por omisión no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo; de acuerdo con ello, sólo podrá enlazarse el resultado producido a la omisión cuando se entienda que la realización de la acción debida habría impedido la causación del resultado.”⁸⁵

Consideró que en los delitos de comisión por omisión, no es dable hablar de virtualidad en la relación de causalidad, por el contrario, sí que existe una concreta y efectiva relación de causalidad entre la acción y el resultado, dado

⁸⁴ Op. cit., pp. 113-114.

⁸⁵ Ibidem, p. 115.

que el cumplimiento del deber jurídico que hubiera evitado el resultado deriva de un aspecto normativo. Consecuentemente, en esta clase de delitos, los cursos causales hipotéticos, es decir, de la posible acción que de haberse realizado habría evitado el resultado, no es el único elemento que debe acreditarse, es necesario que exista una calidad de garante del agente, lo cual en tratándose de la medicina, ésta evidentemente que recae en el profesionalista de la salud, es decir, de quien tiene bajo su atención y cuidado al paciente, quien asume además el deber jurídico de salvaguardar sus bienes jurídicos, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente.

Un ejemplo en donde se actualiza el nexo de causalidad entre el comportamiento omisivo del médico y el resultado producido, consiste en la omisión de informar al paciente de los posibles riesgos que se deriven de su intervención médica; sobre este tópico Galán Cortés refiere: "si en una vasectomía, si no se advierte al paciente de que ha de seguir una serie de precauciones postoperatorias en sus relaciones sexuales, hasta que se dé una azoospermia en dos análisis consecutivos, realizados con varias semanas de intervalo, podría suceder que la compañera del vasectomizado quedara embarazada en sus relaciones sexuales con él. En este caso, resulta innegable, y admisible desde todos los sectores doctrinales, la relación de causalidad entre el daño (embarazo no deseado) y la ausencia de información."⁸⁶ Con esto se patentiza la importancia que tiene en la relación médico-paciente el deber de informar al paciente sobre los posibles riesgos que se puedan derivar del tratamiento o intervención médico-quirúrgica, pues la omisión puede ser motivo de responsabilidad penal médica.

En atención a las consideraciones que anteceden, se puede afirmar, que para poder imputar objetivamente el resultado lesivo al profesionalista de la salud, es necesario acreditar, cual fue la acción u omisión desplegada por el médico en el tratamiento o intervención quirúrgica que fue la causa generadora del resultado material no querido, debiéndose acreditar entonces, el nexo de

⁸⁶ Op. cit., pp. 222-223.

causalidad entre el comportamiento médico y el resultado dañoso, para estar en condiciones de hacer el correspondiente juicio de imputación.

4.11. El trabajo en equipo. (Principio de división del trabajo)

De gran importancia en el ejercicio de la Medicina es el trabajo en equipo, pues la puesta en marcha de un tratamiento o la realización de una intervención quirúrgica requiere la colaboración de diversos especialistas, algunos con el mismo nivel jerárquico, que gozan además de plena autonomía, otros por el contrario, se manejan en una relación de subordinación con otros, en tal virtud, en el trabajo en equipo se produce una distribución de funciones o división del trabajo. Esto plantea con frecuencia problemas jurídicos a la hora de determinar e individualizar las distintas responsabilidades de cada uno de los colaboradores, lo cual deriva de la idea básica de que la responsabilidad penal es eminentemente personal.

En este orden de consideraciones, como ya se señaló en el capítulo tres de esta investigación, el principio de confianza es una manifestación del riesgo permitido, un supuesto específico de este, sin soslayar que juega un papel fundamental dentro de la denominada prohibición de regreso; en esa virtud se estableció también, que tiene la función de excluir la tipicidad del comportamiento, dado que por virtud de este principio, los miembros del conglomerado social que se comportan de manera reglamentaria, tienen la confianza de que el otro se comportara de la misma manera, es decir, reglamentariamente y dentro de los límites del riesgo permitido dada la división del trabajo que según su competencia a cada uno le corresponde llevar a cabo.

Para ilustrar como puede operar el principio de confianza en materia de Medicina, se puede hacer alusión a que el cirujano podrá confiar, en principio, que la instrumentalista le pasará el material adecuado o solicitado, o que la actuación del anestesista será correcta en su cometido; la enfermera podrá confiar en que el medicamento y dosis prescrita por el médico están indicados; sin soslayar además, que cada uno de los integrantes del equipo médico confía

en que los demás cuentan con la capacidad y conocimientos técnicos para llevar a cabo la intervención de que se trate.

Luego, el principio de división del trabajo, que es una derivación del principio de confianza, tiene gran importancia en el trabajo en equipo, es significativo para delimitar los ámbitos de responsabilidad penal en actividades como la medicina, en donde suelen concurrir varias personas en la atención y cuidado del paciente. Dicho en otras palabras, el principio de división del trabajo permite delimitar los deberes de cuidado en la actividad desarrollada por los equipos quirúrgicos, teniendo en cuenta los distintos cometidos y ámbitos de confianza de cada miembro del equipo, pues recuérdese que en las actividades médico-quirúrgicas, hoy en día es más común observar que ya no es el antiguo médico de cabecera quien atiende a su paciente; por el contrario, hoy por hoy, dado el avance de la medicina y de la propia tecnología, es común que concurren en la atención del paciente varios profesionales de la salud; sin dejar de lado por supuesto, las operaciones quirúrgicas en donde indefectiblemente es necesaria la concurrencia de varias personas, lo que suele denominarse equipo médico.

El principio de división del trabajo trata de explicar “qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes; cómo es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se deben tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo.”⁸⁷

“El principio de división del trabajo, relacionado con el principio de la confianza, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva, ya sea la de un médico propiamente dicho, como cualquier otra curativa en la que tomen parte dos o más personas. En otros términos: habilita para definir en el tipo objetivo de estos delitos imprudentes, quien ha violado (con una actuación propia no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente conforme a las exigencias de la norma.”⁸⁸ En decir,

⁸⁷ TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *op. cit.*, p. 196.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 197.

el principio de división del trabajo es útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad penal.

Si se traslada el principio de confianza y el de división del trabajo al trabajo del equipo médico, como bien lo refiere García Ramírez, “implica que el facultativo pueda confiar en que sus colaboradores actuarán correctamente en la ejecución de las tareas asignadas, cuando se hallen debidamente preparados y adiestrados y son supervisados, en general, dentro de límites razonables. Si esto sucede y se produce un hecho típico, cada quien responderá de su propia conducta, que en algún caso puede abarcar tanto la conducta personal del agente como las consecuencias del comportamiento de los otros integrantes del equipo terapéutico, por lo que respecta a quien tiene el deber de organizar, dirigir, supervisar u orientar el trabajo de aquéllos.”⁸⁹ Nuevamente se puede constatar con García Ramírez que los principios que son propios de la imputación objetiva, son de gran utilidad para poder determinar y delimitar el tipo objetivo y la correspondiente responsabilidad penal.

Ya sobre los diferentes personajes que pueden concurrir en una intervención quirúrgica, y delimitar los ámbitos de responsabilidad penal que a cada uno le corresponde, Carrillo Fabela, refiere que “durante un procedimiento quirúrgico es preciso deslindar responsabilidades, recordemos que durante una intervención quirúrgica interviene un equipo multidisciplinario, en el que cada uno de sus miembros tiene funciones y obligaciones precisas, por lo que cuando se presenta un error durante el procedimiento quirúrgico, habrá que establecer la falta con precisión y el miembro responsable. Dicho equipo normalmente se integra con personal de enfermería (enfermera instrumentista, circulante, etc.), ayudantes del cirujano (primero, segundo, o más ayudantes), el o los cirujanos titulares, el o los médicos anesthesiólogos, y dependiendo del tipo de cirugía, en ocasiones médicos radiólogos, patólogos (para estudios citológicos y biopsias transoperatorias), cardiólogos (para manejo de arritmias cardíacas, por ejemplo) o médicos de otras áreas; en donde cada cual tiene

⁸⁹ Op. cit., p. 141.

una responsabilidad precisa, de tal manera que el cirujano titular será el responsable de la realización de la técnica quirúrgica; la enfermera instrumentista será responsable del conteo de las gasas, compresas y demás material quirúrgico instrumental utilizado durante la cirugía; el Médico Anestesiólogo será el responsable del manejo o tratamiento medicamentoso durante la cirugía.”⁹⁰

Con lo anterior se pone de relieve, que en el trabajo en equipo ciertamente existe una división del trabajo, lo que además implica, que cada uno de los intervinientes asume determinadas obligaciones, y por supuesto confía en que cada uno de los miembros del equipo médico se va a comportar de manera reglamentaria, observando el deber objetivo de cuidado conforme a las reglas de la *lex artis ad hoc*, ajustando su comportamiento a los límites del riesgo permitido.

Visto lo anterior, la doctrina ha establecido con la finalidad de sistematizar y analizar las diferentes situaciones a las que se ha venido haciendo referencia, lo que se denomina división del trabajo horizontal y división del trabajo vertical.

Sobre la división del trabajo horizontal Romero Flores, sostiene que éste implica “que cada uno, a un mismo nivel de formación como especialistas, desarrolla sus propias funciones de las que son responsables. Así pues, lo primero que debemos hacer es conocer las concretas funciones del anestesista: el anestesista aunque el cirujano sea el director técnico de la operación quirúrgica, en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad. El anestesista en la fase preoperatorio, con el manejo y revisión de aparatos técnicos y la preparación y control de la sangre para las transfusiones, en la fase interoperatoria con la vigilancia del mantenimiento de las constantes vitales y, finalmente, en la fase postoperatoria con las posibles complicaciones respiratorias o circulatorias que puedan surgir, tiene plena autonomía, sin desconocerse el hecho de que si deja de cumplir estas

⁹⁰ Op. cit., p. 56.

obligaciones, percatándose el cirujano, deberá tomar alguna medida, ya que de lo contrario, en estos supuestos el principio de confianza decae y el resultado le sería imputable también al cirujano, por dejación de sus funciones de supervisión y vigilancia.”⁹¹

Como se advierte, la división del trabajo horizontal implica que cada uno de los intervinientes en la actividad médica se encuentran prácticamente en un mismo nivel dada su formación como especialistas, no es posible la delegación de funciones u obligaciones al interior del equipo médico, por el contrario, cada uno cuenta con autonomía propia y asume sus propias responsabilidades, ninguno prevalece sobre el otro.

Sobre este tópico y ya haciendo referencia a la autonomía con que cuenta cada integrante del equipo médico en la división del trabajo horizontal, Silva Sánchez, en su libro: *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, sostiene que “como es sobradamente conocido, cada vez resulta menos concebible una actividad médica aislada. Por el contrario, lo común es el trabajo en equipo, caracterizado por la división horizontal del trabajo, con la correspondiente autonomía recíproca, la necesaria coordinación y la vigencia del principio de confianza. Este último, que preside efectivamente la división horizontal de funciones, excluye la existencia de deberes de vigilancia; cada uno puede, pues, contar con que el otro ha empleado la debida diligencia en la realización de las funciones que le son propias.”⁹²

Dado que en la división del trabajo horizontal, existe plena autonomía de cada uno de los profesionales de la salud que intervienen en el acto médico, ello implica, que ante la presencia de un resultado dañoso sobre la salud del paciente, se debe determinar de manera independiente y para cada uno, la posible responsabilidad.

Por cuanto hace a la división del trabajo vertical, contrario a lo que sucede en la división del trabajo horizontal, los integrantes del equipo médico

⁹¹ Op. cit., p. 273.

⁹² Op. cit., pp. 27-28.

no gozan de igualdad al interior del grupo, tampoco en la repartición de obligaciones y responsabilidades, dado que no actúan autónomamente, por el contrario, existe una relación de jefes y subordinados.

En este sentido, como bien lo afirma Silva Sánchez, “la división vertical del trabajo determina que dicha competencia sea delegable y de hecho se delega en el personal sanitario que contrata con el hospital en los términos correspondientes o resulta adscrito funcionalmente al mismo. Este personal asume, en virtud de su relación con el hospital, la competencia –y con ella el deber y la responsabilidad- de la realización de actos concretos en relación con los pacientes.”⁹³

En este tipo de división vertical del trabajo, “las enfermeras forman parte de un grupo de profesionales de la salud, con responsabilidad propia, dentro de sus cometidos específicos: la limpieza del instrumental y la administración de medicamentos al paciente conforme a lo prescrito por el médico. Estas actividades complementarias son de su competencia y los errores que cometen no comprometen, en principio, a sus superiores.”⁹⁴ Sin embargo, debe decirse que este tipo de división vertical del trabajo no libera de responsabilidad al médico cirujano quien dirige a sus auxiliares (subordinados), pues como acertadamente lo sostiene Romeo Casabona, “al médico podrá reprochársele únicamente la lesión del deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitado la conducta defectuosa de sus colaboradores por falta de organización, o sea, por la inobservancia del cuidado requerido en la asignación de tareas, en las instrucciones y órdenes sobre las medidas a seguir para el cuidado del paciente o en la supervisión general. El punto de partida para la delimitación de la responsabilidad es, por consiguiente, la distribución de tareas entre el médico y sus colaboradores.”⁹⁵

La delegación de competencia, del médico hacia sus auxiliares, no lo exime de responsabilidad, persiste una competencia y responsabilidad

⁹³ Op. cit., p. 28.

⁹⁴ TERRAGNI MARCO ANTONIO, op. cit., p. 204.

⁹⁵ El Médico y el Derecho Penal, op. cit., p. 250.

residual,⁹⁶ pues como sostiene Silva Sánchez, “el acto de delegación no implica una pérdida de todo deber en el sujeto delegante en relación con la conducta de los sujetos delegados. Más bien sucede que la posición jurídica del delegante se transforma, quedando, pues, unas competencias residuales, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad. Entre ellas, la selección, la formación e información, la dotación de medios económicos y materiales, la organización y coordinación, y, en fin, la supervisión y vigilancia (al nivel que ésta es posible) de las conductas de los subordinados en los que se ha delegado.”⁹⁷ Por tanto, se puede decir, que partiendo de que la delegación convierte al delegado en actor principal del hecho, debe aseverarse que el delegante sí retiene competencias, que pueden incidir en una atribución de responsabilidad al mismo en el caso de que se produzca un hecho de relevancia penal.

Congruente con las consideraciones que anteceden, se puede concluir, que al ser el principio de división del trabajo una manifestación del principio de confianza, estos criterios son aplicables al trabajo en equipo, como evidentemente sucede con la actividad médico-quirúrgica, en donde es común que concurra la intervención de diferentes profesionistas y auxiliares de la salud, unos con plena autonomía en el ejercicio de su profesión y otros con una relación de subordinación; entre estos personajes se pueden citar, al médico cirujano, al anestesiólogo, a la enfermera, al químico encargado de elaborar las pruebas de laboratorio, al personal de radiología, etc.; todos en el ejercicio de su profesión al desplegar comportamientos de acción u omisión, pueden dar

⁹⁶ Para ejemplificar la responsabilidad residual del médico, se pone el siguiente ejemplo: la doctora Alicia Mendoza López, quien se desempeña como Jefe de Servicios de Hematología del Centro Médico la Raza, a quien dentro de sus funciones le está encomendado, dirigir, coordinar y supervisar las campañas de donación de sangre en ese hospital, así como la adquisición de los reactivos para la detección del virus del VIH-SIDA, y además dar cumplimiento a la norma oficial que establece que toda donación de sangre debe ser sometida a pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, le delega en su hora de comida el 23 de marzo de 2006, al médico residente Jorge López Sánchez, (quien carece de capacidad decisoria en los hechos relatados), recabar las muestras de sangre del público donante, sin embargo, el médico residente, omite supervisar que las enfermeras que ese día recibían donaciones de sangre, llevarán a cabo en cada muestra, las pruebas de detección de anticuerpos del VIH; resultando, que de las veinte muestras de sangre tomadas en ese momento, tres resultaron infectadas con VIH-SIDA. En este caso, la doctora Alicia Mendoza López, si bien delegó la función de recabar las muestras de sangre al médico residente, ella conserva una responsabilidad residual, consistente en supervisar de manera directa que las aludidas muestras fueran sometidas a la prueba de detección de VIH, lo que evidentemente la hace penalmente responsable.

⁹⁷ Op. cit., pp. 28-29.

lugar a la configuración de un delito culposo, por incumplimiento de los deberes de cuidado a su cargo.

En estas condiciones, el principio de división del trabajo, que a su vez se divide en división del trabajo horizontal y división del trabajo vertical, es de gran utilidad para determinar los deberes de cuidado que a cada miembro del equipo le corresponde asumir en razón de su competencia; además, sirve para delimitar los ámbitos de responsabilidad a título de culpa, dado que esta es eminentemente personal, (injusto personal), en donde considero, no cabe la participación culposa, únicamente la autoría o coautoría culposa, pues en México, en nuestro Derecho penal, las reglas de la participación criminal, no son concebibles, por lo que si dos o más personas han causado independientemente por imprudencia un mismo resultado se habrá dado un caso de autoría simultánea. En aquellos casos de trabajo en equipo, en los que concurren deberes comunes y no divididos, se dará una relación de coautoría, porque el resultado aparecerá como producto de la obra en común. En esta situación habrá acuerdo, no respecto del resultado, pero sí para la realización conjunta de una conducta culposa, por violación al deber objetivo de cuidado.

4.12. Legislación mexicana en materia de salud y responsabilidad penal por culpa médica

Corresponde llevar a cabo, un estudio de las disposiciones jurídicas que he considerado más importantes y que regulan la prestación de los servicios de salud en México, tales como, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Salud Pública, el Reglamento de Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social, y el Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores. Del contenido de estas normas jurídicas se pretende extraer para ilustrar éste trabajo, únicamente las que guardan relación directa con la materia de nuestro estudio, es decir, la responsabilidad penal médica derivada de un delito culposo.

También se hará referencia a las normas secundarias en materia penal y procesal federal (Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales), que regulan el comportamiento culposo del profesionista de la salud, así como las sanciones aplicables al caso concreto.

4.12.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

No cabe la menor duda, que para cualquier sistema de justicia penal que se jacte de tener las características de un sistema social y democrático de Derecho, sus bienes jurídicos sujetos a tutela penal deben deducirse de su propia Constitución, pues evidentemente que ésta es la única fuente de valores, a partir de los cuales se deben fundamentar y subsumir todos los demás valores recogidos por las leyes, pues si éstos no están reconocidos por la Constitución no tendrán sustento jurídico, según esto, sólo los valores o intereses obtenidos de la ley fundamental deben ser reconocidos como tales por las leyes, de lo contrario resultarán anticonstitucionales. Tampoco se soslaya, que en este tipo de sistema, el Derecho Penal, no es el primero y único recurso sino el último para el mantenimiento de la vida ordenada en comunidad, por lo que el Estado debe hacer uso de otros recursos antes de acudir a él; es decir, dentro de una concepción democrática, el Derecho Penal, no es concebido como un instrumento de sujeción del hombre, sino como un instrumento al servicio de éste, por ende, el Derecho Penal debe ser entendido desde la óptica del principio de mínima intervención del Estado o última ratio. En este mismo sentido, el Estado en ningún caso podrá imponer pena o medida de seguridad alguna si no es por la realización de una conducta que previamente ha sido descrita en la ley como delito o sin que la sanción esté igualmente establecida en la ley, expresada en la fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En este orden de consideraciones, y dado que en el presente capítulo se está desarrollando la temática de la culpa penal en que puede incurrir el profesionista de la salud, es evidente que el bien jurídico salud del paciente, es el que se tutela fundamentalmente dentro de la Medicina, por eso es importante

conocer en primer lugar el contenido del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, que a la letra dice:

Artículo 4.- (...)

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Como bien lo sostiene el Poder Judicial de la Federación, “se trata de un derecho del que, sin distinciones de ninguna especie, goza toda persona y toda colectividad que se encuentren en el territorio nacional. Correlativamente, impone al Estado la obligación de promover leyes que aseguren una adecuada atención a los servicios de salud. En sí, lo que este párrafo protege no es la salud *per se*, sino la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad, a servicios dignos que la atiendan en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia.”⁹⁸

Con esto se pone de relieve, que el párrafo cuarto del artículo 4º de nuestra ley fundamental, consagra la garantía de igualdad de que gozan todos los individuos para acceder a los servicios de salud en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia, supuesto en el que bien se pueden encuadrar los casos de urgencias médicas, en donde no obstante, que el paciente no sea derechohabiente de alguna institución de salud pública, los encargados del nosocomio que reciba a la persona demandante del servicio, tienen el deber jurídico de brindarle la debida y oportuna atención médica de que se trate, so pena de incurrir en un delito de comisión por omisión. Esta garantía por supuesto que se amplía también para los extranjeros, quienes por el sólo hecho de pisar el territorio nacional gozan de las mismas garantías individuales que los nacionales, tal y como se desprende del artículo 1º de nuestra Constitución,

⁹⁸ Las garantías de igualdad, Ed. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Colección Garantías Individuales., No. 3, México, 2003, pp. 75-76.

que establece que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta.

Sobre este tópico, nuestro máximo Tribunal Federal ha sostenido que dentro de los servicios básicos de salud, se encuentran los de atención médica, que comprende las actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, como bien se ilustra bajo el siguiente criterio.

Rubro y texto: SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.

Precedentes: No. Registro: 192,160, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000, Tesis: P. XIX/2000, Página: 112. Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Unanimidad de siete votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Mariano Azuela Güitrón; en su ausencia hizo suyo el proyecto Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de febrero en curso, aprobó, con el número XIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de febrero de dos mil.

Puede sostenerse que nuestra Constitución Federal ha reconocido a nivel de garantía individual la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad a los servicios de salud, en donde éstos, tienen la obligación de atender al demandante del servicio en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia, es decir, el Estado se encuentra como protector de los servicios de salud, y de los cuales todo individuo tiene derecho cuando se encuentre en territorio de la República Mexicana.

4.12.2. Ley General de Salud

La Ley General de Salud, es una ley federal, reglamentaria del párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Este ordenamiento es el encargado de regular un ambicioso programa de salud que busca proporcionar tales servicios a toda la población en permanente superación y mejoría de su calidad; tiene por objeto establecer los lineamientos esenciales de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, además sus disposiciones son de orden público y de interés social.

En relación a los servicios de urgencias médicas, tienen aplicación los siguientes artículos:

Artículo 27.- Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

...III.- La atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias...

Artículo 55.- Las personas o instituciones públicas o privadas que tengan conocimiento de accidentes o que alguna persona requiera de la prestación urgente de servicios de salud, cuidarán, por los medios a su alcance, que los mismos sean trasladados a los establecimientos de salud más cercanos, en los que puedan recibir atención inmediata, sin perjuicio de su posterior remisión a otras instituciones.

Artículo 469.- Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años.

Si se produjere daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial.

De la interpretación concatenada de estos artículos, se pone de relieve que los servicios de salud abarcan la atención médica para casos de urgencias, observándose una calidad de garante en la protección de la salud, integridad física y vida del paciente, del profesional, técnicos y auxiliares encargados de asistir a la persona demandante del servicio de urgencias, pues incluso, para el caso de que no se preste la atención debida sin causa justificada, su comportamiento puede ser constitutivo del delito previsto por artículo 469 de la Ley General de Salud, el cual evidentemente puede tener la forma de realización culposa, como la omisión por culpa.

En cuanto a las reglas que establece la *lex artis*, se tienen los siguientes criterios:

Artículo 45.- Corresponde a la Secretaría de Salud vigilar y controlar la creación y funcionamiento de todo tipo de establecimientos de servicios de salud, así como fijar las normas oficiales mexicanas a las que deberán sujetarse.

Artículo 51.- Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Estos numerales corroboran que en materia de atención médica, existen determinadas reglas que regulan el acto médico, tomando en cuenta los principios esenciales que tiendan a un normal desenvolvimiento en la relación médico paciente, como son precisamente cumplir con las normas oficiales emitidas por la Secretaría de Salud, sin soslayar que la atención de los médicos deberá ser éticamente responsable. El incumplimiento de estas normas, puede traer como consecuencia la infracción del deber de cuidado.

En relación al consentimiento del paciente en el tratamiento o intervención médico quirúrgica, tenemos lo siguiente:

Artículo 103.- En el tratamiento de una persona enferma, el médico podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico, cuando exista posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con el consentimiento por escrito de éste, de su representante legal, en su caso, o del familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta Ley y otras disposiciones aplicables.

Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Como se observa, el consentimiento es un derecho de que goza el paciente y una obligación ético-legal para el médico, so pena de incurrir en la comisión del delito previsto en el numeral 466 de la Ley General de Salud.

Por cuanto hace a la imposición de las sanciones penales:

Artículo 470.- Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le

inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial.
En caso de reincidencia la inhabilitación podrá ser definitiva.

Artículo 471.- Las penas previstas en este Capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito.

De aquí se obtiene, que ha sido voluntad del legislador agravar la sanción penal en aquellos casos en donde el sujeto activo tenga la calidad específica de servidor público, sin perjuicio de que se apliquen otras sanciones por la comisión de otro delito, como pueden ser precisamente los previstos en el Código Penal Federal.

4.12.2.1. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica

Este instrumento normativo fue expedido ante la necesidad de regular los servicios de atención médica como materia de salubridad general, el 14 de mayo de 1986, donde se reconoce al Sistema Nacional de Salud como la instancia de enlace entre los sectores públicos, social y privado en la consecución del derecho a la protección la salud.

Es importante señalar que en este Reglamento se contemplan diversos imperativos de la *lex artis* a los que debe apegarse el actuar del profesional de la salud, es decir, existen varios artículos que regulan esta materia, entre los cuales se encuentran los siguientes:

Artículo 9o.- La atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica.

Artículo 48.- Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Artículo 120.- Dichas intervenciones deberán llevarse a efecto de conformidad con las normas técnicas correspondientes.

El doble aspecto de la *lex artis* se ve reflejado en estas disposiciones normativas, el carácter técnico y ético con que el personal profesional, técnico y auxiliar de los servicios de salud debe llevar a cabo su comportamiento en la atención del paciente que se encuentre bajo su cuidado, so pena de incurrir en infracciones al deber de cuidado.

En relación a los casos de urgencias médicas existen los siguientes numerales:

Artículo 71.- Los establecimientos públicos, sociales y privados que brinden servicios de atención médica para el internamiento de enfermos, están obligados a prestar atención inmediata a todo usuario, en caso de urgencia que ocurra en la cercanía de los mismos.

Artículo 72.- Se entiende por urgencia, todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata.

Artículo 73.- El responsable del servicio de urgencias del establecimiento, está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido.

Con esto se tiene que el servicio de urgencia deberá brindarse a toda aquella persona que requiera la prestación de esa atención médica, ya sea en establecimientos públicos o privados, con la finalidad de salvaguardar la vida e integridad física del paciente; negar o retardar negligentemente esta atención puede traer graves consecuencias legales para el encargado de los servicios de urgencia, por la probable comisión de un delito de homicidio o lesiones.

Sobre el deber de informar al paciente sobre los riesgos que implica el tratamiento médico-quirúrgico:

Artículo 29.- Todo profesional de la salud, estará obligado a proporcionar al usuario y, en su caso, a sus familiares, tutor o representante legal, información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondientes.

Artículo 119.-Para la realización de salpingoclasias y vasectomías, será indispensable obtener la autorización expresa y por escrito de los solicitantes, previa información a los mismos sobre el carácter de la intervención y sus consecuencias.

Uno de los deberes del médico, es el de informar, con la finalidad de que el enfermo pueda escoger libremente dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece, incluso la de no someterse a ningún tratamiento. En este sentido, el no informar, implica el no consentimiento del paciente para someterse al tratamiento o intervención de que se trate, lo que constituye incluso, una violación a la *lex artis*.

Otro punto que se regula también en este Reglamento es el consentimiento del paciente, sobre éste tópico se tienen los siguientes artículos:

Artículo 76.- El ingreso de usuarios a los hospitales, será voluntario, cuando éste sea solicitado por el propio enfermo y exista previamente indicación al respecto por parte del médico tratante.

Artículo 77.- Será involuntario el ingreso a los hospitales, cuando por encontrarse el enfermo impedido para solicitarlo por si mismo, por incapacidad transitoria o permanente, sea solicitado por un familiar, tutor, representante legal u otra persona que en caso de urgencia solicite el servicio y siempre que exista previamente indicación al respecto por parte del médico tratante.

Artículo 80.- En todo hospital y siempre que el estado del paciente lo permita, deberá recabarse a su ingreso autorización escrita y firmada para practicarle, con fines de diagnóstico terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma.

Esta autorización inicial no excluye la necesidad de recabar después la correspondiente a cada procedimiento que entrañe un alto riesgo para el paciente.

Artículo 83.- En caso de que deba realizarse alguna amputación, mutilación o extirpación orgánica que produzca modificación física permanente en el paciente o en la condición fisiológica o mental del mismo, el documento a que se refiere el artículo anterior deberá ser suscrito además, por dos testigos idóneos designados por el interesado o por la persona que lo suscriba.

Estas autorizaciones se ajustarán a los modelos que señalen las Normas Técnicas.

Artículo 247.- Al responsable de cualquier establecimiento que preste servicios de atención médica, en el que sin autorización por escrito del usuario sus familiares o representante legal, se realicen intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro la vida o la integridad física del usuario, se sancionará con multa de doscientas a quinientas veces el salario mínimo general diario vigente

en la zona económica de que se trate, a menos que se demuestre la imperiosa necesidad de practicarla para evitar un perjuicio mayor.

Como se advierte, existe un requisito de carácter formal al recabar el consentimiento del paciente, debe ser por escrito y firmado por éste, en caso de que se encuentre impedido para hacerlo, podrán firmar el documento de autorización, los familiares, el tutor o representante legal; si se contraviene esta disposición, el responsable del establecimiento se hará acreedor a la sanción que establece el artículo 247 del Reglamento de mérito.

Sobre los casos de acciones a propio riesgo, se cita el siguiente numeral:

Artículo 79.- En caso de egreso voluntario, aún en contra de la recomendación médica, el usuario, en su caso, un familiar, el tutor o su representante legal, deberán firmar un documento en que se expresen claramente las razones que motivan el egreso, mismo que igualmente deberá ser suscrito por lo menos por dos testigos idóneos, de los cuales uno será designado por el hospital y otro por el usuario o la persona que en representación emita el documento.

En todo caso, el documento a que se refiere el párrafo anterior relevará de la responsabilidad al establecimiento y se emitirá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del mismo y otro se proporcionará al usuario.

Considero que éste es un supuesto que puede generar polémica, en relación a si se actualiza o no, una acción a propio riesgo por parte del usuario de los servicios de salud, pues no obstante que existe una recomendación médica de no abandonar el hospital, el paciente decide de manera autorresponsable y con el dominio del hecho ponerse en una situación de peligro para sus propios bienes jurídicos, sin embargo debe recordarse que para que surta la hipótesis de acciones a propio riesgo, el autor no debe tener una calidad de garante en relación a los bienes jurídicos de quien se pone en peligro, lo que no ocurre en el ejemplo que se cita, pues innegablemente que el responsable del establecimiento de salud, sí que tiene el deber de protección de los bienes del paciente.

En este orden de consideraciones, el numeral que se cita, de ninguna manera relevará de responsabilidad al profesionalista de la salud, como

erróneamente se señala en su párrafo segundo, pues en este caso, no habrá una imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, sino del tercero participante.

En relación al supuesto de estado de necesidad justificante:

Artículo 81.- En caso de urgencia o cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente, el documento a que se refiere el artículo anterior, será suscrito por el familiar más cercano en vínculo que le acompañe, o en su caso, por su tutor o representante legal, una vez informado del carácter de la autorización.

Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito, en el expediente clínico.

Con este artículo se pone de relieve, que si bien es cierto dentro de los criterios establecidos por la *lex artis* se contempla al consentimiento del paciente como una regla general que el médico tiene el deber de observar, previo a la iniciación de una acción riesgosa sobre la persona del paciente, que puede provocar la muerte o lesiones, también es cierto, que existen casos de excepción como el señalado por el artículo citado, a saber, cuando por incapacidad del paciente y ausencia de familiares, acompañantes, tutor o representante legal, serán los médicos autorizados del hospital quienes cubiertos por la justificante de estado de necesidad dejarán constancia del caso, ocasionando un mal que evitará otro mayor e inminente, sin que se afecte en este caso el derecho a la autodeterminación del paciente.

4.12.2.2. Reglamento de Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social

Con este Reglamento se regulan los servicios de salud que el Instituto Mexicano del Seguro Social ofrece a sus usuarios, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 1997.

De su cuerpo normativo, se puede observar que este Reglamento sigue los mismos criterios contemplados tanto por la Ley General de Salud, como por su Reglamento en materia de prestación de servicios de salud pública, sin embargo y con la finalidad de no ser repetitivo, únicamente se citará el contenido del artículo 6º, que se refiere a la responsabilidad de los sujetos intervinientes en el diagnóstico y tratamiento de los pacientes a su cargo.

Artículo 6.- Los médicos del Instituto serán directa e individualmente responsables ante éste de los diagnósticos y tratamientos de los pacientes que atiendan en su jornada de labores.

De la misma manera, tendrán responsabilidad las enfermeras, personal de los servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento y demás personal que intervengan en el manejo del paciente, respecto del servicio que cada uno proporcione.

El Instituto, en todos los casos, será corresponsable con el personal referido en los párrafos que anteceden, de los diagnósticos y tratamientos de sus derechohabientes.

Si bien es cierto esta es una disposición de carácter administrativa, en donde los médicos responden ante el Instituto por los daños ocasionados a los pacientes que se encuentren bajo su atención, al igual que las enfermeras, personal de los servicios auxiliares y demás personal que intervenga en el manejo del paciente, lo cierto es que este tipo de responsabilidad puede dar origen a otra de carácter penal, pues es inconcuso que en la elaboración del diagnóstico y aplicación del tratamiento es en donde se puede incurrir en un comportamiento culposo, ya sea por imprudencia, negligencia o impericia.

También se advierte que la responsabilidad es directa e individual, lo que pone de relieve que es personalísima; sancionándose a cada sujeto en relación a su grado de culpabilidad.

La corresponsabilidad del Instituto con el personal a su cargo, bien puede referirse a los casos de reparación del daño, en donde según lo dispuesto por la fracción VI, del artículo 32 del Código Penal Federal, están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: el Estado solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados

con motivo de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

4.12.2.3. Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores

Este Reglamento regula los servicios de salud que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores ofrece a sus usuarios, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre del 2000.

Al igual que el Reglamento de Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social, el del ISSSTE, sigue también los mismos criterios contemplados tanto por la Ley General de Salud, como por su Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Salud Pública, sin embargo, al igual que en el apartado que antecede, únicamente se citará uno de los artículos que se consideran más novedoso y que guarda relación con nuestro trabajo de investigación; así, por cuanto hace a las obligaciones de los derechohabientes, en donde su incumplimiento puede dar origen a una acción a propio riesgo, se tiene lo siguiente:

Artículo 26.- Los derechohabientes tendrán la obligación de:

I. Asistir con puntualidad a sus citas programadas en la consulta externa o especializada o para la práctica de estudios auxiliares de diagnóstico y tratamiento;

II. Seguir las indicaciones que emita su médico tratante para el restablecimiento y recuperación de su salud, y

III. Observar un trato respetuoso hacia el personal de salud, así como cumplir las disposiciones para el uso y conservación del mobiliario, equipo médico y materiales que se pongan a su disposición.

Con esto se pone de relieve, que no únicamente existen derechos del paciente, como el llamado consentimiento informado, sino que también existen obligaciones de hacer a cargo de éste; si el enfermo omite hacer lo que era su obligación, como asistir a la práctica de estudios de laboratorio, y seguir las

indicaciones que emita su médico para el restablecimiento y recuperación de su salud, puede incurrir en una acción a propio riesgo, que relevaría de responsabilidad penal a su médico tratante, dado que en este supuesto, el paciente decide de manera autorresponsable y con el dominio del hecho ponerse en una situación de peligro para sus propios bienes jurídicos, y además, tratándose de casos en que el paciente ha sido dado de alta, con la indicación médica de tomar algún medicamento para el restablecimiento de su salud, o bien, acudir periódicamente a consultas y resulta que el paciente, de manera conciente y voluntaria decide no asistir a estas, ni tomar el medicamento prescrito, es inconcuso que el médico tratante ya no guarda una calidad de garante sobre los bienes jurídicos del paciente, lo que trae como consecuencia, que los resultados dañosos que se puedan originar en la salud del enfermo serán considerados a propio riesgo, y en esas condiciones podrá declararse la atipicidad del comportamiento del médico tratante.

4.12.3. Código Penal Federal

El Código Penal Federal establece varias disposiciones jurídicas que regulan el comportamiento culposo, y que pueden perfectamente ser aplicables en la resolución de casos en donde se vea involucrado un profesional de la salud, por esa razón, y sin pretender hacer un análisis exhaustivo, únicamente se harán algunos comentarios en torno a esos numerales, tales como la acción y omisión en el delito, donde cobra relevancia la llamada omisión impropia o comisión por omisión, dada la calidad de garante del tercero participante; se conocerá lo que entiende nuestro Código por lesiones y homicidio, así como la forma en que se encuentra reglamentada la causalidad en el ultimo de estos delitos; asimismo se abordaran algunas consideraciones relacionadas con la responsabilidad profesional del médico y las sanciones penales aplicables a los responsables de un delito culposo, en donde tiene gran importancia el llamado sistema de números cerrados adoptado por nuestro Código Penal Federal.

4.12.3.1. Acción y omisión culposa en el delito

Los artículos 7, 8 y 9 del Código Penal Federal establecen los criterios a seguir para la interpretación dogmática de lo que hay que entender por las acciones y omisiones culposas constitutivas de delito, en tal virtud, de su contenido se pone de relieve lo siguiente:

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

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

(...)

Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9o. (...)

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.

En primer lugar, el artículo 7º contempla lo que puede concebirse como el concepto formal de delito, sin embargo no se trata únicamente de un concepto formal, sino que tiene una interpretación de tipo dogmático y por ende más amplio, ya que si éste numeral se interpreta concatenadamente con los artículos 8 y 9 del Código Penal Federal, que contienen en su definición las palabras dolo y culpa, evidentemente que se llega a una definición más amplia, como bien lo sostiene el Magistrado Miguel Angel Aguilar López, tras afirmar que “el delito se constituye con sus elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad (entendido como el injusto penal) y culpabilidad sometida a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sin dejar de destacar...que el concepto de delito se puede

estructurar como una acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directo o eventual) o culposa (previsible e imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito; contraria a derecho al no justificarse con el consentimiento del titular del bien jurídico dañado o con el actuar en defensa legítima, estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. Lo anterior en el injusto penal, constituye el juicio de desvalor sobre el hecho típico y antijurídico. Complementa el concepto, el juicio de desvalor sobre el autor, quien debe ser imputable (capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico y de conducirse de acuerdo con esa comprensión), con conciencia de la antijuridicidad (no actuar en error invencible de tipo o de prohibición o vencible de tipo, cuando no se prevé la conducta como culposa), finalmente, con exigibilidad racional de conducirse conforme a la norma jurídico penal.⁹⁹ Como se observa, este es un concepto de delito extraído de la armónica interpretación, no únicamente de los artículos 7º , 8º y 9º , sino también del artículo 15 del Código Penal Federal, de donde además se pone de relieve la estructura del delito en lo que puede ser la dogmática penal mexicana.

Por otra parte, de la interpretación del artículo 7º del Código Penal Federal, se colige con claridad que la acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación, exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo, y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto, y la segunda la llamada omisión. El acto consiste en un hacer, lo que no se debe de hacer, es un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión es una actividad negativa , es un dejar de hacer lo que se debe hacer, es un omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer. Luego, el Código Penal Federal, en el artículo 7º contempla los dos aspectos (positivo y negativo) como los únicos modos de conducta penalmente relevante y merecedora de una sanción penal.

⁹⁹ Op. cit., pp. 23-24.

En relación a la omisión, nuestro Código de la materia adopta las dos formas de omisión, la omisión simple y la comisión por omisión u omisión impropia, entre estas existen las siguientes diferencias que considero son importantes resaltar:

“a) En la omisión simple se viola sólo una norma preceptiva penal, mientras que en los delitos de comisión por omisión se vulnera una norma preceptiva penal, o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

b) En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico, mientras que en los de comisión por omisión se produce un resultado tanto jurídico como material.

c) En la omisión simple, la omisión (el no actuar) integra el delito, mientras que en la comisión por omisión lo que configura el tipo punible es el resultado material.”¹⁰⁰

Especial importancia tiene en los delitos de comisión por omisión, el deber jurídico de impedir el resultado material por quien cuenta con la calidad de garante en la salvaguarda de bienes jurídicos de otros, tal es el caso de los médicos y enfermeras, quienes derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente tienen el deber jurídico de evitar que se produzca el resultado dañoso derivado de los riesgos a que se somete el paciente en un tratamiento o intervención médico-quirúrgico, lo cual evidentemente es motivo de responsabilidad penal por un delito de comisión por omisión, tal como se desprende del siguiente criterio:

Rubro y texto: EVASION DE PRESOS, DELITO DE. Quedó acreditado el cuerpo del delito de evasión de presos, cometido por imprudencia por el quejoso, si aunque no está demostrado que hubiera ayudado a los reos a evadirse o apoyado su intento, su falta de reflexión y de cuidado configuró su imprudencia punible. Se trata, pues, de un delito de comisión por omisión, porque no es el hacer activo, sino el omitir, que viola el deber de funcionario y

¹⁰⁰ MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, op. cit., p. 166.

al mismo tiempo la prohibición del artículo 175 del Código Penal, y la culpabilidad surge del deber por especial aceptación, porque el cargo aceptado lleva consigo un deber de vigilancia, y solo la imposibilidad de hecho para cumplir íntegramente la custodia, haría viable la exculpante. El alcaide juega el papel de "garantizador" de la situación que se le confía; y es idéntica la función de la enfermera que acepta el cuidado de un paciente grave y se duerme u olvida ministrarle los medicamentos o atenciones que requiere, lo que ocasiona la muerte de éste; el resultado es imputable a aquélla. Por lo demás, del tipo penal y de la situación de peligro deriva la culpabilidad culposa, puesto que el favorecimiento es comprensivo tanto de la acción como de la omisión; del dolo como de la culpa simple, con previsión o de olvido. La exigibilidad de la conducta al funcionario o empleado, por razón de su cargo, unida a la prueba de la evitación del curso causal a virtud de la acción esperada, demuestran que el no hacer, el no vigilar, el querer consciente contrario al deber, configuran el signo culposo, ya que la ley no reconoce el crimen culpable. No es solamente el deber de atención, que generalmente fundamenta la culpabilidad culposa, sino un especial deber de cuidado nacido del peligro conocido por el sujeto activo y aceptado como riesgo propio del cargo.

Precedentes: No. Registro: 298,905, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CVII, Tesis: Página: 186. Amparo penal directo 1620/49. Alvarez García Guillermo. 12 de enero de 1951. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Disidente: Fernando de la Fuente. Relator: Luis G. Corona.

El párrafo segundo del artículo 9º del Código Penal Federal, como ya se dijo en su oportunidad en el capítulo dos de esta investigación, define lo que debe entenderse por comportamiento culposo, dicho numeral tiene como punto de partida la exigencia de previsibilidad, pero esa exigencia sólo puede partir de un deber de cuidado, de tal forma que si éste no existe, la exigibilidad de prever tampoco podrá existir.

De la interpretación de este numeral, también se pone de relieve que nuestro Código Penal Federal, no atiende únicamente a la imprudencia, sino que también a la negligencia (comportamiento que es común observar en los profesionistas de la salud), declarando que es culpable del daño típico a título culposo, aquel que no previó siendo previsible o previó confiando en que el resultado típico no se produciría, de lo cual se obtiene que la culpa puede sobrevenir por negligencia o por imprudencia. Dicho en otras palabras, lo que se puede entender por *prever* se entiende aquí como un actuar psíquico adecuado a la regla social de no lesionar los bienes jurídicos de los demás, por

lo tanto, si por descuido, olvido, desatención, etc., el médico no actuó psíquicamente (no previó) cuando podía haberlo hecho, responde del resultado típico a título de culpa; una culpa llamada doctrinalmente como *culpa inconsciente o culpa sin representación*, que no es otra cosa que la negligencia misma.

El deber de cuidado a que se refiere el párrafo segundo del artículo 9º del Código Penal en cita, cuando señala que ese deber de cuidado debe acatarse *según las circunstancias y condiciones personales* del agente, pone de relieve, que no es posible imputar objetivamente a éste (profesional de la salud) el resultado típico culposo cuando de las circunstancias y condiciones de su persona no resulte exigible el acatamiento del deber de cuidado, esto es, que no puede exigírsele haber reflexionado o actuado de distinta forma en que lo hizo. La exigencia de previsibilidad consistirá entonces, también de las circunstancias que rodean al hecho, sin soslayar las condiciones propias del sujeto activo.

Se puede afirmar, que una de las posiciones doctrinales adoptada por nuestro Código, en relación a la esencia de la culpa radica en la previsibilidad, tal y como se desprende del cuerpo del siguiente criterio:

Rubro y texto: ABORTO. IMPRUDENCIA. Si la muerte de la ofendida se debió a tratamiento obstétrico, consecuencia de las maniobras abortivas que realizó el acusado en sus órganos genitales, aun suponiendo que la condición orgánica de la víctima hubiera contribuido a su deceso, no puede fundadamente estimarse inexistente el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, ya que en el orden natural y a pesar de la concurrencia de concausas, que adquieren la categoría de condiciones, las citadas maniobras abortivas constituyen una condición más que, en concurrencia con las demás, llevó al resultado de muerte. En estas condiciones la conducta sigue teniendo eficacia causal en el resultado de muerte. Por otra parte, la esencia de la culpa radica en la previsibilidad del efecto nocivo, que es de naturaleza prevenible. De ahí que pueden estimarse como elementos constitutivos del delito culposo: a) un acto inicial voluntario; b) un resultado comprendido dentro de un tipo penal determinado; c) ausencia de intención delictuosa; d) relación casual entre el acto voluntario inicial y el resultado; e) falta de previsión del resultado y f) naturaleza previsible del evento. Y la forma en que se realizaron las maniobras abortivas y los datos que arroja el certificado de autopsia son por sí mismos suficientes para concluir en que el procesado obró con negligencia, es decir con descuido y falta de atención, sin prever el resultado previsible y evitable y,

además con impericia, si el certificado aludido está demostrando que carecía de la capacidad técnica necesaria, por deficiencia, para realizar la referida intervención.

Precedentes: Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario, Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XVII, Página: 9. Amparo directo 2766/57. Carlos Bonavides Pérez. 11 de noviembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

4.12.3.2. Lesiones y homicidio (causalidad en el delito)

Otro de los aspectos torales que hay que conocer y que contempla nuestro Código, son el delito de lesiones y homicidio, ya que estos pueden ser precisamente los resultados en que puede derivar el comportamiento culposo del profesionista de la salud, situación que conlleva a estudiar por supuesto, los criterios que se establecen sobre el problema causal.

En este orden de consideraciones, lo primero que hay que conocer es la definición que se obtiene de nuestro Código Penal Federal, de lesiones y homicidio. Así, en su libro segundo, título decimonoveno, bajo el rubro delitos contra la vida y la integridad corporal, se tiene lo siguiente:

Artículo 288. Bajo el nombre de lesión, se comprende no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

Luego, el tipo de comportamiento que describen los numerales antes citados traen como resultado la alteración de la salud y la propia muerte de alguien, pero en uno u otro caso este tipo de resultado material debe ser atribuido a un tercero, lo que trae como consecuencia la importancia de conocer los criterios establecidos por nuestro Código en los artículos 303, 304 y 305, sobre el problema de la causalidad en el delito, y poder estar en aptitud de hacer un correcto juicio de imputación. En esta línea del pensamiento, se transcriben íntegramente los siguientes artículos:

Artículo 303. Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

II. (Derogada).

III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Artículo 304. Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y

III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

Sentado lo anterior, es importante cuestionarse si en nuestro Código Penal Federal existe alguna disposición legal prevista en su parte general, que regule la relación de causalidad entre la conducta y el resultado (nexo de causalidad) en virtud de la cual, se le pueda atribuir a una persona un determinado resultado como producto de su propia obra; asimismo, hay que preguntarse si el ordenamiento punitivo citado adopta alguna de las teorías de

la causalidad que ya fueron estudiadas, y en su caso, con cuál de éstas se identifica.

Sobre esta temática considero que en la parte general del Código Penal Federal no se encuentra prevista de manera expresa una disposición legal que regule el nexo de causalidad para todos los delitos de resultado material, únicamente está regulado el problema de la causalidad en la parte especial de nuestro Código, en tratándose del delito de homicidio previsto en los artículos 303, 304 y 305, no obstante que existe una gran variedad de figuras típicas que admiten el estudio del problema causal, como son precisamente, el delito de lesiones, responsabilidad profesional médica, o bien, los de índole patrimonial, situación que sin lugar a dudas trae como consecuencia falta de certeza jurídica para poder dar solución al primer presupuesto de la responsabilidad jurídico penal y que lo es precisamente el nexo de causalidad; por ende, resulta necesaria una reforma penal mediante la cual el legislador proponga una disposición en la parte general del Código Penal Federal que regule el problema de la causalidad en el delito, pero de manera general para todos los delitos de resultado material, tal y como ya existe en algunas legislaciones locales, como es el caso del Estado de Querétaro en el artículos 10 de su Código Penal.¹⁰¹

Por otra parte, para poder dar respuesta a la interrogante relativa a cuál de las teorías de la causalidad adopta nuestro Código Punitivo Federal, es importante decir en primer lugar, que al revisar la bibliografía nacional puede uno darse cuenta que existe una gran discusión doctrinal sobre este tópico, es decir, no existe acuerdo entre los teóricos del Derecho Penal mexicano para coincidir en una sola teoría de la causalidad; sin embargo, considero que las posiciones se dividen fundamentalmente, entre los que defienden la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, y los que adoptan el

¹⁰¹ “Artículo 10.- Sólo podrá ser sancionado quien sea causa del resultado típico penal como resultado de su acción u omisión.

Las concausas, sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la atribución del resultado al agente, salvo que excluyan la relación de causalidad por haber sido suficientes por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se sancionará la acción u omisión anterior cuando constituya delito por sí misma.

Lo dispuesto en el párrafo precedente, tendrá aplicación cuando la causa preexistente, simultánea o posterior, consista en el hecho ilícito de otro.”

criterio de que nuestro Código Penal Federal se identifica con la teoría de la causación adecuada. Entre los primeros, podemos mencionar a Raúl Carrancá y Trujillo, Celestino Porte Petit Candaudap y Francisco Pavón Vasconcelos; entre los segundos, se encuentran Mariano Jiménez Huerta y Jesús Gonzalo Trujillo Campos.¹⁰²

En este orden de ideas, y sin pretender hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los criterios adoptados por los estudiosos del Derecho Penal antes citados, lo que sí puede decirse, es que nuestro Código Penal Federal no hace ningún pronunciamiento expreso sobre la teoría de la causalidad que adopta; únicamente se advierte una posición legislativa difusa y extraviada, dado que no se identifica abierta y claramente, ni con la equivalencia de las condiciones, ni con la condición adecuada; sin embargo, estimo que nuestro Código se encuentra influenciado por ambas.

Lo anterior se sostiene, partiendo de la idea de que el problema radica principalmente en la aceptación, o no, de la existencia de las concausas como productoras del resultado material; es decir, si se acepta la existencia de estas en los artículos 303, 304 y 305, del Código Penal Federal, se estará adoptando la teoría de la condición adecuada, pero si se considera lo contrario, es decir, que no se acepta la concurrencia de concausas en la producción del resultado, se comulgara con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Luego, si por concausas, según Trujillo Campos, debe entenderse “toda condición que ha concurrido a la producción del resultado con preponderancia sobre la acción del sujeto, y que produce el efecto de interrumpir el nexo causal entre la conducta y el resultado,”¹⁰³ es evidente, que de la lectura del artículo 303 del Código Punitivo en estudio, se puede advertir que se adopta el criterio de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, ya que si partimos del postulado principal de esta teoría, que establece que todas las

¹⁰² Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL, Derecho Penal Mexicano, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1972, p.205; PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, op. cit., pp. 359-360; PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, op. cit., pp. 186-193; JIMÉNEZ HUERTA MARIANO, op. cit., p. 162; TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, op. cit., pp. 126-131.

¹⁰³ Op. cit., p. 128.

condiciones tienen igual valor (son equivalentes) para producir el resultado, y que ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones patológicas del lesionado o su debilidad orgánica), ni las circunstancias sobrevinidas (como la gangrena aparecida), ni la intervención de hechos ajenos al agente (como la imprudencia del herido que se arranca el vendaje, o como la impericia del médico) excluye en el homicidio la relación de la causalidad, es obvio que para que se configure el delito de homicidio, el resultado muerte deberá ser atribuible a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, o bien a alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios; y en esas condiciones, tanto ésta como sus consecuencias, constituyen condiciones causales y por ello son causa de la muerte, resultado de la acción lesiva del autor en el delito de homicidio.

En relación al artículo 304, éste presenta criterios y soluciones al problema causal totalmente difusos, de su lectura se pone de relieve que se identifica tanto con la teoría de la equivalencia de las condiciones, como con la de la causación adecuada. En la fracción I se descarta en la producción del resultado, la existencia de concausas, tras señalar que se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; ésta fracción se identifica con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Las fracciones II y III, comulgan con la teoría de la causación adecuada, dado que establece condiciones propias y preexistentes del ofendido o de las circunstancias en que fue lesionado, esto se corrobora cuando se dice que la lesión no habría sido mortal en otra persona o que fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión.

El artículo 305, sí que se identifica con la teoría de la condición adecuada, al aceptar la existencia de concausas en la producción del resultado, como son precisamente la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

Jiménez Huerta sostiene que “la primera parte del artículo 305, es totalmente superflua. Afirmar que no se tendrá por mortal una lesión y sobre la cual ésta no haya influido, es hacer referencia a una relación causal totalmente diversa y que ninguna trascendencia tiene ni como nexos causal ni como concausas. Pero no puede, en cambio, aceptarse que en la última parte del artículo 305 en que se hace referencia a *la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que le rodearon*, se refiere también a una nueva serie causal. El carácter de concausa que estos hechos revisten, está claramente expresado en el texto de la ley al precisar los efectos que los mismos producen: agravar hasta el extremo de sobrevenir la muerte.”¹⁰⁴

En las condiciones antes apuntadas se puede decir, que en el artículo 305 del Código Penal Federal, se encuentra contenida la teoría de la condición adecuada, no obstante que en el 303 se adopta la equivalencia de las condiciones, y en el 304 existe una combinación de ambas teorías.

Finalmente y tratando de dar contestación, a cuál es la teoría de la causalidad que adopta nuestro Código Penal Federal, considero que si bien existe una gran discusión en el campo doctrinal, pienso que en la práctica judicial este problema ya está resuelto, pues se acepta expresamente por el Poder Judicial de la Federación que la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* es la que debe adoptarse en nuestro Derecho Penal. Corroboran lo anterior, los siguientes criterios:

Rubro y texto: “RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto

¹⁰⁴ Op. cit., p. 166.

que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la *conditio sine qua non*, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad."¹⁰⁵

Precedentes: Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XXVI, Página:134, Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. Cinco votos. Ponente: Carlos Franco Sodi.

Rubro y texto: HOMICIDIO, PERITAJE MEDICO DE LESIONES NO MORTALES EN CASO DE. Si el de *cujus* falleció a consecuencia de las lesiones que le produjo el sujeto activo, es irrelevante que en el dictamen emitido por el perito médico designado con posterioridad, se afirme que la herida inferida no fue necesariamente mortal, toda vez que nuestro sistema punitivo se ajusta a la teoría causal de la "conditio sine qua non" al considerar mortal la lesión, aun cuando se pruebe que la muerte se habría evitado con auxilios oportunos. Únicamente la existencia de causa anterior determinante de fallecimiento, con independencia de la conducta imputada al activo o la intervención de una concausa posterior que se revele en el plano objetivo en forma de un actuar positivo del sujeto pasivo o de un tercero que modifique el curso causal originado por la lesión y determine la muerte por causa ajena, permitiría hablar de que en el caso la lesión inferida no tiene carácter mortal.

Precedentes: Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, CXXXII. Página: 16. Amparo directo 5063/67. Manuel Fuentes Vicente. 21 de junio de 1968. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

A modo de conclusión, es evidente que en la parte general de nuestro Código Penal Federal no existe de manera expresa ninguna disposición legal que regule el nexo de causalidad para todos los delitos de resultado material; sin embargo, es necesario que se legisle sobre este tópico, dado que

¹⁰⁵ Como se observa, éste criterio adopta abiertamente la teoría de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, rechaza los criterios subjetivos de la culpabilidad, pero algo que es importante tomar en cuenta, no obstante que también rechaza este criterio, es que ya hace alusión a la prohibición de retroceso sustentada y desarrollada por la teoría de la imputación objetiva; sin embargo, y en esto si que se identifica con la imputación objetiva, es el hecho de que acepta que el problema de la causalidad se coloca en el plano objetivo del delito, pues dice, únicamente en este debe encontrar solución.

únicamente existen criterios para el delito de homicidio. En nuestro Código Penal Federal no existe uniformidad sobre la teoría de la causalidad que se quiere adoptar pero sí se identifica tanto con la equivalencia de las condiciones, como con la de la causación adecuada. En el campo doctrinal las ideas están divididas entre los que aceptan la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, y los que dicen que nuestro Código se identifica con la teoría de la condición adecuada; no obstante, he considerado que en el artículo 303 se adopta la primera de las teorías, en el 304 se adoptan ambas, y en el 305, se acoge la segunda. En el ámbito judicial ya se ha definido cual de las teorías rige, y es precisamente, la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, la cual es común observar en diversas resoluciones judiciales.

4.12.3.3. Responsabilidad profesional médica

En nuestro Código Penal Federal, en el libro segundo, título decimosegundo, bajo el rubro: responsabilidad profesional, se encuentran los artículos 228, 229 y 230, que son aplicables a los casos de responsabilidad penal médica; sin embargo, por el momento únicamente se hará referencia al numeral 229, de donde se pone de relieve que dentro de los elementos de su descripción típica se requiere de una calidad específica en el sujeto activo para constituir la entidad delictiva, tal y como se describe a continuación:

Artículo 229. El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Del contenido de este numeral se puede observar también, que la actividad del médico se encuentra regulada con la finalidad de proteger los bienes fundamentales del individuo, como son: la vida, la salud, y su integridad corporal. De igual forma, el comportamiento activo del médico puede ser generador del aumento de riesgos, por haber sobrepasado la frontera del riesgo permitido, al abandonar sin causa justificada en su tratamiento a un lesionado o enfermo que se encontraba bajo su cargo por virtud de una

responsiva médica, y que además, sea omiso en dar aviso a la autoridad competente, lo que constituye el desvalor de su acción que bien puede verse reflejado en el desvalor del resultado que se pueda producir con motivo de ese comportamiento que se encuentra prohibido dentro del ámbito de protección de la norma.

4.12.3.4. La sanción penal

Si bien es cierto que no todos los delitos admiten la forma de realización culposa, su individualización judicial para efectos de la imposición de la pena admite diversas formas.

Como regla general en la sanción de los delitos culposos se encuentra el artículo 60 del Código Penal Federal, que en lo conducente dispone lo siguiente:

Artículo 60. En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

La sanción para un delito culposo es más atenuada que en tratándose de delitos dolosos, pues en los casos de delitos culposos el juez al individualizar la pena impondrá hasta la cuarta parte de la sanción que corresponda para el tipo básico doloso.

Frente a esta regla general, existen otras variables de sancionar el comportamiento culposo, sin embargo la que a nosotros interesa es la que se refiere a la gravedad de la culpa contenida en los párrafos tercero y cuarto del numeral en comento, de donde se obtiene lo siguiente:

...Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más

personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios; y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.
- VI. (Derogada).

Estas son algunas circunstancias especiales que el juzgador debe tomar en cuenta para individualizar la pena a los responsables de delitos culposos, pues la mayor o menor gravedad de la culpa es factor básico para hacer dicha individualización. Recuérdese que el juez por virtud de su arbitrio judicial puede ponderar la gravedad de la culpa para imponer desde la pena mínima hasta la pena máxima, sin soslayar los demás requisitos establecidos por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal. Ilustra lo anterior, la siguiente Tesis:

Rubro y texto: DELITOS CULPOSOS, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASOS DE (LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE CAMPECHE). Para la punición de los delitos culposos en el ámbito de la legislación penal del Estado de Campeche, se debe atender necesariamente a lo establecido en la parte final de su artículo 57, en donde categóricamente se dispone que en la hipótesis de ilícitos culposos la individualización de la pena descansa sobre el principio básico de la gravedad de la culpa; y aunque en ese mismo precepto se señala que el resolutor debe tomar en cuenta, además, las circunstancias generales que se especifican en el diverso numeral 49, no debe soslayarse que tal remisión es complementaria, pues lo fundamental en el caso de delitos de carácter imprudencial, es que se califique la gravedad de la culpa de acuerdo a las reglas especiales, lo que significa que el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un examen de la conducta imprudente, a fin de

establecer la sanción que resulte aplicable. De esto se sigue, que la mayor o menor gravedad de la imprudencia, es factor básico para individualizar la pena que en su caso se aplique a los responsables de los delitos culposos; por tanto, si en el fallo definitivo no se califica el grado de la culpa y, aún así, se individualiza la pena como si se tratara de un delito de intención, se infringe el artículo 57 del Código Penal para el Estado de Campeche y en vía de consecuencia los artículos 14 y 16 constitucionales, lo que da lugar a que se conceda el amparo solicitado.

Precedentes: Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Junio de 1999, Tesis: XIV.3o.2 P, Página: 939. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 92/98. Mirna Concepción Salazar Queb. 27 de abril de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Luis Armando Cortés Escalante.

Sí ya se establecieron los criterios generales para sancionar el delito culposo, es importante señalar que otra de las consecuencias jurídicas del delito derivado de un comportamiento culposo por parte del profesionista de la salud (médico), se ven reflejadas en nuestro Código Penal Federal en los artículos que a continuación se citan, de donde se patentiza que por virtud de la calidad específica en el sujeto activo (que se trate de un médico) se agrava la sanción penal.

Así el artículo 228, dispone:

Artículo 228. Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

Este artículo contiene una regla general de agravación de los delitos que cometen los profesionales en el ejercicio de su profesión, dado que estas

pueden ser consideradas sanciones adicionales a la del tipo básico, en este sentido se puede decir, que “el artículo 228 del Código Penal Federal más que la expresión de un delito autónomo, contiene la descripción de una circunstancias personal (la profesión) agravadora de la penalidad ordinaria correspondiente al delito que resulte consumado, lesiones, homicidio, aborto, abandono de enfermos, etc., pues la suspensión para ejercer la profesión de médico, tanto está considerada en el artículo 60 que sanciona los delitos imprudenciales, como en el artículo 228, por lo cual no puede sostenerse que se esta en presencia de dos tipos de delitos: uno cometido por imprudencia y otro intencional, si el segundo propiamente no contiene los elementos del tipo penal, y sí una circunstancia que hace operar una agravación de la pena.”¹⁰⁶

Otro artículo que bien puede ejemplificar la agravación de la sanción, por la calidad específica de médico en el activo, se encuentra en el delito de aborto, tal y como se observa a continuación:

Artículo 331. Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Existen también hechos que no son punibles a la luz del Derecho Penal Mexicano, y en donde por razones de política criminal, el Estado renuncia a su potestad punitiva, actualizándose así, un aspecto negativo de la punibilidad, es decir, una excusa absolutoria; estos supuestos que se relacionan con la materia de nuestra investigación se encuentran contenidos en los siguientes numerales:

Artículo 321 bis. No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

Artículo 333. No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

¹⁰⁶ GARCIA RAMÍREZ, SERGIO, op. cit., p. 182.

Artículo 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

El primer artículo, bien puede aplicarse a aquellos casos en donde un médico en el ejercicio de su profesión, interviene quirúrgicamente a uno de sus hermanos, y por el incumplimiento de un deber de cuidado produce su muerte o lesiones, éste comportamiento, si bien es típico, antijurídico y culpable, no es punible.

El segundo supuesto se refiere al aborto realizado en ejercicio de un derecho; aquí la impunidad que establece este numeral, se proyecta no únicamente contra la mujer embarazada, sino que también sobre cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto, como es el caso del médico que practique el aborto a una mujer embarazada, y que éste sea producto de una violación, no será sancionado penalmente.

En la tercera hipótesis nos hayamos frente al llamado aborto terapéutico, en donde el médico se ve relevado de responsabilidad penal al actuar al amparo de un estado de necesidad justificante, pues el médico resuelve el conflicto que se presenta entre dos vidas humanas, sacrificando la vida del hijo en pro de salvaguardar la vida de la madre.

Para que la conducta del médico sea impune por la práctica de un aborto, tratándose del supuesto antes citado, es importante tomar en consideración los requisitos que el Poder Judicial de la Federación ha establecido sobre esta temática:

Rubro y texto: ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos

médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones.

Precedentes: No. Registro: 187,884, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Febrero de 2002, Tesis: P. VII/2002, Página: 417, Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Otra de las variables que existen en nuestro Código Penal Federal, se refiere a la individualización de la pena en tratándose del concurso de delitos, ya sea ideal o real.

Sobre este tópico, el artículo 64 a la letra dice:

Artículo 64. En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero...

Luego, en términos del artículo 18 del Código Penal Federal, hay concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometan varios delitos. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

El concurso ideal de delitos se caracteriza a virtud de que con unidad de acción u omisión se producen varios resultados, por ende hay violación a varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos, es decir varias figuras jurídicas autónomas; sin embargo es importante señalar que el criterio que negaba la acumulación de penas por concurso ideal en los delitos culposos ha quedado superado¹⁰⁷ mediante la jurisprudencia 30/99, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en la que resolvió la contradicción de tesis 3/98, sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de donde se colige que a partir de la reforma al artículo 60 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez

¹⁰⁷ Debe destacarse, que hoy por hoy existen varios autores que no han tomado en consideración la jurisprudencia por contradicción de tesis a que hago referencia, aún siguen considerando, que esas varias figuras autónomas a las que me refiero, en razón de la unidad del momento de la culpabilidad (es decir, la culpa como unidad de acción u omisión), deben sancionarse como un solo delito y que en esas condiciones no es dable la acumulación de las sanciones en tratándose de delitos culposos por concurso ideal, argumentan que lo que se castiga es el comportamiento imprudencial, que produce uno o varios resultados, pero sin que ello implique que éstos puedan sancionarse en base al concurso ideal, y por ello no son atendibles las reglas del artículo 64 del Código Penal Federal para el concurso ideal de delitos culposos; estimar lo contrario, dicen, implicaría sancionar una sola conducta en atención a su resultado. Sobre esto, nuestro máximo Tribunal Federal al resolver la contradicción de tesis a que hago referencia, ha sostenido que si bien es cierto lo que se esta sancionando es la conducta imprudencial del sujeto activo que produce uno o varios resultados, en detrimento de los sujetos pasivos del delito, deben estimarse ahora a la luz de la reforma al numeral 60 del Código Penal Federal, como una sanción acumulada por los perjuicios ocasionados con la conducta imprudencial, dado que el precepto en cita alude a la imposición de sanciones hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignada por la ley al tipo básico del delito doloso, dejando atrás la sanción especial por los delitos imprudenciales que no admitía la acumulación de sanciones. Entre los autores a que me refiero se encuentran AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ANGEL, op. cit., pp. 448-451, y GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, op. cit., pp. 148-150.

de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en los delitos culposos causados mediante un solo acto o una omisión, establece la facultad en la aplicación de la suma de las penas de los ilícitos causados por culpa, es decir, si es posible la acumulación de las sanciones en términos del artículo 64 del Código Penal Federal.

Para ilustrar lo anterior se cita textualmente la siguiente jurisprudencia:

Rubro y texto: ACUMULACIÓN DE PENAS EN LOS DELITOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, REFORMADO. Conforme a la interpretación teleológica de la reforma al artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en los delitos culposos causados mediante un solo acto o una omisión, establece la facultad de aplicación de la suma de las penas de los ilícitos causados por culpa, tomando en cuenta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo penal del delito doloso y conforme al precepto 64, párrafo primero de la ley sustantiva de la materia, exceptuando el uso de ese parámetro a aquellos casos para los que la ley señale una sanción específica, sin que sea atendible el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 945, publicada en la página mil quinientos cuarenta y siete, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a los años de 1917-1988, bajo el rubro: "IMPRUDENCIA, DELITOS POR. ACUMULACIÓN IMPROCEDENTE.", porque en el caso, dicho criterio jurisprudencial es anterior a la reforma que sufrió el numeral 60 del Código Penal en cita.¹⁰⁸

Precedentes: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Mayo de 1999, Tesis: 1a./J. 30/99, Página: 33. Contradicción de tesis 3/98. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 3 de marzo de 1999. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Germán Martínez Hernández.

Tesis de jurisprudencia 30/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros:

¹⁰⁸ Para mayor abundamiento sobre esta temática, se recomienda consultar la correspondiente resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el IUS 2005, junio 1917 – junio 2005, Jurisprudencias y Tesis aisladas, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, No. Registro: 5639, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, mayo de 1999, página: 34.

presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

En relación al concurso real de delitos, Aguilar López sostiene que “este se actualiza cuando un mismo sujeto activo realiza dos o más conductas independientes que importan, cada una, la integración de un delito autónomo; por la naturaleza de las acciones, no pueden reducirse unitariamente a una valoración jurídica, por ello debe considerarse en forma independiente, como una pluralidad de hechos punibles.”¹⁰⁹ Aquí no cabe la menor duda de que sí deberá atenderse a las reglas contenidas por el artículo 64 del Código Penal Federal, para la imposición de sanciones en tratándose de concurso real de delitos, dado que se trata de entidades delictivas autónomas, que permiten perfectamente la acumulación de las sanciones penales.

4.12.3.5. Sistema de *numerus clausus* en el delito culposo

Otra de las variables contenidas en el artículo 60 del Código Penal Federal se refiere al sistema punitivo denominado *numerus clausus* o sistema cerrado, que consiste, en que únicamente puede haber culpa en los casos previamente establecidos por la ley; así el artículo 60, párrafo segundo, a la letra dice:

“Artículo 60. (...)”

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.”

Consideró que al introducir el legislador en nuestro Derecho Penal Federal este sistema de sanción para los delitos culposos, fue con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los enjuiciables, contrario a lo que sucede

¹⁰⁹ Op. cit., p. 451.

con el sistema abierto o de *numerus apertus*, en donde todas las conductas previstas en la ley como dolosas pueden ser cometidas en forma culposa y sancionadas de esta manera. No obstante, pienso que si bien el sistema cerrado brinda mayor certeza jurídica, la verdad es que en nuestra legislación penal existen otros delitos que admiten la forma de realización culposa, y que no están contenidos en el párrafo segundo del artículo 60, como es el caso del delito de aborto, contemplado en el diverso numeral 331 de nuestro Código, lo que trae como consecuencia la no punición de esta clase de delitos. Sin embargo también creo, que es acertado que estos comportamientos no sean sancionados penalmente, pues siendo congruentes con un sistema de justicia penal armónico a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, es inconcuso que el Estado debe echar mano del Derecho Penal, como último recurso para reprimir los comportamientos antisociales. En este sentido, Moreno Hernández, sostiene que “cualquier otro delito, aunque fácticamente pueda concretizarse de manera culposa, no será punible dicha forma de realización; lo que, sin duda, está acorde a planteamientos político-criminales del principio de intervención mínima del Derecho Penal.”¹¹⁰ De la misma manera Plascencia Villanueva, dice que “el establecimiento de una lista limitativa de tipos penales que admiten una aplicación de sanciones a partir de la culpa, se adecua al principio de legalidad y de ultima *ratio* del derecho penal, pues enunciar limitativamente la posibilidad culposa de consumación de ciertos delitos, permite conocer con la debida certeza cuando es punible la culpa, siendo dudoso en un sistema de incriminación abierta determinar si un delito admite la posibilidad culposa o no.”¹¹¹

En la vida práctica es común observar los problemas que se presentan entre el dolo eventual y la culpa con representación, en donde la línea divisoria existente entre ambos supuestos es muy delgada, como ya se señaló en su oportunidad, sin embargo lo que en este momento hay que dejar claro, es qué cuando se opta por tipificar un comportamiento antijurídico a título de culpa consciente y se rechaza la idea del dolo eventual, y además, se observa qué

¹¹⁰ MORENO HERNÁNDEZ, MOSÉS, Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano, en *Criminalia*, Año LXIV, No. 3, septiembre-diciembre, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 164.

¹¹¹ Op. cit., pp. 128-129.

ese comportamiento no está contenido en el párrafo segundo del artículo 60 de nuestro Código, que establece expresamente el sistema de *numerus clausus*, ello traerá como consecuencia la no sanción penal para esta clase de eventos antisociales.

Otro de los casos que considero pueden presentarse en la práctica judicial y en donde tampoco podrá punirse la conducta del agente, es en tratándose del supuesto a que alude el artículo 66 del Código Penal Federal, es decir, cuando se actualice un error de tipo vencible previsto por el artículo 15, fracción VIII, inciso a), pues en esta hipótesis dice el Código, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Es decir, para el caso de que sí admita esta forma de realización, y esta no está contemplada en el listado del artículo 60, párrafo segundo del Código que se comenta, no habrá lugar a punir ese tipo de comportamiento.

En este orden de ideas y sin pretender hacer un estudio pormenorizado del principio de especialidad que rige en materia penal, es importante destacar, que existen leyes especiales como la Ley General de Salud, en donde se contempla un listado de delitos que pueden ser cometidos por los profesionistas de la salud; sin embargo es importante decir que por virtud del artículo 6º del Código Penal Federal, ese tipo de delitos pueden quedar impunes, en razón de no estar relacionados en el sistema de *numerus clausus* que prevé el artículo 60 de ese ordenamiento legal.

Es decir, si el artículo 6º dispone que cuando se cometa un delito no previsto en ese Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero de ese Código, y en su caso, las conducentes del libro segundo, y además, cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general; es dable concluir, que para que una conducta contenida en una ley especial como la Ley General de Salud pueda ser sancionada a título de culpa, es necesario que el Código Penal Federal la contemple dentro de su listado de *numerus clausus*, en caso contrario, considero que no podrá ser sancionado

penalmente este tipo de comportamientos incluidos en la ley especial, dado que el juzgador deberán tomar en cuenta las disposiciones del libro primero del Código, en donde precisamente se encuentra el aludido sistema cerrado para sancionar delitos culposos, hacer lo contrario, deviene en una inexacta aplicación de la ley en perjuicio de encausado, sin soslayar las violaciones a la garantía de legalidad prevista por el artículo 14 constitucional.

Como conclusión, se puede afirmar certeramente que en nuestro Código todos los delitos pueden cometerse dolosamente, pero sólo en casos de excepción podrán perpetrarse en forma culposa y ser sancionados de esta manera, siempre y cuando se encuentre prevista esa conducta en el artículo 60, párrafo segundo del Código Penal Federal, en caso contrario, no será posible imponer ningún tipo de sanción penal.

4.12.4. Código Federal de Procedimientos Penales

También de este cuerpo normativo se desprenden algunas disposiciones aplicables a la práctica médica, como las previstas por los artículos 188, 190 y 192; de donde se obtiene lo siguiente:

Artículo 188. La atención médica de quienes hayan sufrido lesiones provenientes de delito, se hará en los hospitales públicos.

Cuando por la urgencia del caso o la gravedad de la lesión se requiera la intervención médica inmediata y no fuese posible recurrir a un hospital que preste servicios al público en general, se recurrirá, para la atención que corresponda, a los establecimientos de salud de organismos de la administración pública más cercanos al lugar en que se encuentre el lesionado.

Si el lesionado no debe estar privado de libertad, la autoridad que conozca del caso podrá permitir, si lo juzga conveniente, que sea atendido en lugar distinto bajo responsiva de médico con título legalmente reconocido y previa la clasificación legal de las lesiones. Este permiso se concederá sin perjuicio de que la autoridad se cerciore del estado del lesionado cuando lo estime oportuno.

(...)

Como se observa, la atención médica en tratándose de lesiones derivadas de la comisión de un delito deberá llevarse a cabo en hospitales

públicos y no privados; se establece un deber de salvaguardar los bienes jurídicos del lesionado, como son su integridad física y mental, y hasta su propia vida, no importando que se trate de la víctima o del victimario. Faltar a estos deberes puede derivar en una negligencia médica.

El médico que tenga bajo su cuidado a este tipo de lesionados, tiene el deber de hacer la correspondiente clasificación legal de las lesiones, en términos de los artículos 289 a 293 del Código Penal Federal, esto reviste gran importancia para la imposición de las sanciones penales; pero también puede dar lugar a responsabilidad por negligencia médica, si el médico que lleva a cabo la clasificación de lesiones desestima la gravedad de estas o no corrobora con los medios que su ciencia o arte le proporcionan la verdadera gravedad de la lesión, pues puede ser el caso que un sujeto que recibió un golpe contuso en un ojo, presente derrame de sangre en globo ocular y hematoma en la zona que lo rodea, y con estos simples datos externos, el médico clasifica la lesión como de aquellas que no ponen en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar más de quince días, cuándo en verdad, el sujeto ha tenido una disminución en su capacidad visual por desprendimiento de retina, y el médico tratante omite hacer alguna recomendación para descartar esa posible lesión, como puede ser practicar algún estudio oftalmológico que descarte la disminución en la capacidad visual, y se constriñe a clasificar la lesión en base a su simple observación externa, evidentemente que puede dar lugar a responsabilidad a título de culpa.

A las consideraciones antes citadas, se concatenan las establecidas en el artículo 190, donde se imponen al médico diversas obligaciones.

Artículo 190. La responsiva a que se refiere el artículo 188, impone al médico las obligaciones siguientes:

- I. Atender debidamente al lesionado;
- II. Dar aviso a la autoridad correspondiente de cualquier accidente o complicación que sobrevenga, expresando si es consecuencia inmediata o necesaria de la lesión o si proviene de otra causa;
- III. Comunicar inmediatamente a la misma autoridad todo cambio de domicilio del lesionado o del lugar donde sea atendido; y

IV. Extender certificado de sanidad o de defunción, en su caso, y los demás que le solicite la autoridad.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en este artículo ameritará la imposición de una corrección disciplinaria, cuando no sea delictuoso.

Como se observa, el incumplimiento de estos deberes puede ser constitutivo de delito, pues el médico tiene el deber de atender debidamente al lesionado, esto es, conforme a las reglas de la *lex artis*, avisar a la autoridad oportunamente de las complicaciones que sobrevengan de la lesión o lesiones, hasta expedir los correspondientes certificados de sanidad, pero esto obviamente cuando el médico este plenamente convencido de que así es. El incumplimiento de estas obligaciones, puede dar lugar a la comisión de hechos constitutivos de delito, por el incumpliendo de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Por otra parte, el artículo 192 dispone:

Artículo 192. Cuando un lesionado necesite pronta atención, cualquier médico que se halle presente donde aquél se encuentre, debe atenderlo y aun trasladarlo del lugar de los hechos al sitio apropiado para su atención, sin esperar la intervención de la autoridad, debiendo comunicar a ésta, inmediatamente después de brindarle los primeros auxilios, los siguientes datos: nombre del lesionado; lugar preciso en que fue encontrado y circunstancias en que se hallaba; naturaleza de las lesiones que presente y causas probables que las originaron; curaciones que se le hubieren hecho, y lugar preciso en que queda a disposición de la autoridad.

Cualquier persona que tenga la calidad específica de médico, tiene en términos de este artículo, la calidad de garante en la protección de la integridad física y mental del lesionado, así como la salvaguarda de la vida de este, pues cuando el ofendido necesite atención de urgencia, el médico tiene el deber jurídico de atenderlo brindándole los primero auxilios, y aún hasta de trasladarlo al lugar apropiado para su atención. El incumplimiento de este deber jurídico puede ser generador de un delito de comisión por omisión.

4.13. Estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal y estructura de la imputación objetiva

En el presente apartado se llevará a cabo un estudio sistemático tanto de la estructura de los elementos del delito en nuestro Derecho Penal Federal, así como, los elementos de la estructura de la imputación objetiva. Lo anterior con la finalidad de poder estar en aptitud de conocer cuales son las posibles semejanzas y diferencias que pueden existir entre el modelo teórico de la imputación objetiva y nuestra dogmática jurídico penal mexicana.

4.13.1. Estructura del delito en el Derecho Penal Federal Mexicano (cuerpo del delito y probable responsabilidad)

En primer lugar y como premisa mayor, es importante citar los preceptos constitucionales en donde se haya contenido el marco jurídico que regula lo relativo a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, ya que esto servirá para ilustrar más adelante la estructura que el Derecho Penal mexicano establece en la codificación secundaria (Código Federal de Procedimientos Penales) sobre esta temática.

De lo anterior se obtiene que los artículos 16 y 19 constitucionales se instituyen como la piedra angular en donde se sustenta la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, tanto para el ejercicio de la acción penal, orden de aprehensión u orden de comparecencia, auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

En lo que interesa a la materia de nuestro estudio, el artículo 16 constitucional dispone:

Artículo 16.- (...)

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.

Este artículo, en la parte que se transcribe impone como garantía a favor del gobernado, que toda autoridad judicial tiene la obligación de examinar si en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito. Para cumplir con la referida obligación constitucional, es necesario que la autoridad judicial precise:

a) Cuáles son los elementos cuya actualización exige la figura delictiva correspondiente;

b) Con qué pruebas se acredita cada uno de ellos y qué valor les corresponde a éstas, de acuerdo con la ley adjetiva;

c) Cuáles son los preceptos legales aplicables al caso, y además, todas aquellas circunstancias que se tuvieron en consideración para ello, precisando la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

Es primordial precisar, que la expresión y análisis del cuerpo del delito aplica exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional; no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4º y 95 del Código Federal de Procedimientos Penales; lo anterior se desprende del contenido del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que establece que por cuerpo del delito se entenderá el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Sobre este tópico, se cita el siguiente criterio:

Rubro y texto: CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos

noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

Precedentes: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.2o.P.67 P, Página: 735, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

En relación a las circunstancias agravantes del delito, deben precisarse también en el mandamiento de orden de aprehensión, tal y como se desprende de la siguiente jurisprudencia.

Rubro y texto: ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito,

sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.". Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.

Precedentes: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis: 1a./J. 18/98, Página:155. Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Blanca Evelia Parra Meza. Tesis de jurisprudencia 18/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Por otra parte, el artículo 19 de nuestra ley fundamental en lo conducente puntualiza:

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este artículo establece que todo auto de formal prisión debe reunir ciertos requisitos de forma y fondo. El elemento formal se surte cuando se fija con toda precisión, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, así como la enunciación del ilícito atribuido al indiciado y los preceptos legales aplicables al caso; en cambio, para reunir la segunda de las exigencias, es necesario que los motivos expresados, sean suficientes para provocar la

actividad oficial, esto es, que los datos contenidos en la averiguación previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

De la misma forma que para el libramiento de la orden de aprehensión, en el auto de formal prisión deben incluirse las calificativas o modificativas, tal y como lo disponen los siguientes criterios:

Rubro y texto: CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de plazo constitucional se exigían, entre otros requisitos, el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado y el primero se constituía por los elementos materiales o externos de la figura típica. Sin embargo, a través de la citada reforma al artículo 19 constitucional se sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido que, en consecuencia, resultaba más garantista para el inculpado. A partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el dictado del auto de plazo constitucional, el estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos). Como consecuencia, en el dictado de dichas resoluciones debían precisarse las calificativas o modalidades del delito por ser éstas partes integrantes del tipo. Sin embargo, por decreto de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, publicado el ocho del mismo mes y año, y en vigor al día siguiente de la publicación, hubo otra reforma al artículo 19 constitucional, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de "elementos del tipo" por el de "cuerpo del delito". Consecuentemente, también se tuvieron que ajustar las legislaciones ordinarias de las entidades federativas; así, por decreto de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el tres de mayo del mismo año, se reformó el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece los requisitos para el dictado del auto de formal prisión y el diverso 122 del mismo ordenamiento, que indica con qué clases de elementos del tipo se constituirá el cuerpo del delito. Ahora bien, la doctrina ha clasificado a los tipos penales en básicos y complementados, que a su vez pueden ser agravados o privilegiados. Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexo causal; objeto material; los medios utilizados o las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta o

calificativas); voluntad dolosa o culposa. Todos estos elementos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos; los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor y los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada. Así, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o modalidades de la conducta, son factores que también atenúan o agravan (atenuantes o agravantes) la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición cuantitativa de la pena. Es decir, son las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión que califican la conducta, las calificativas propiamente dichas. Por tanto, cuando en la legislación se establezca que el cuerpo del delito se constituya con elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos (elemento constitutivo esencial descrito en la ley, distinto al dolo y a la culpa), de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben incluirse en el auto de plazo constitucional.

Precedentes: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2003, Tesis: I.7o.P.26 P, Página:1010. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1957/2002. 16 de enero de 2003. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Froylán Borges Aranda. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, mayo de 2001, página 1091, tesis I.6o.P.18 P, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.". Nota: Sobre el tema tratado la Primera Sala resolvió el 7 de febrero de 2003 la contradicción de tesis 114/2001-PS.

Rubro y texto: AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste." Dentro de

este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculcado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

Precedentes: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis: 1a./J. 6/97, Página:197. Contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz. Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia. Nota: Esta tesis modifica el criterio sustentado en la jurisprudencia por contradicción de tesis 4/89, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, abril-junio de 1989, página 59.

Del análisis de los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, se concluye que para que el inculcado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial al librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deben ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculcado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las alegaciones que a su derecho convengan.

Es importante señalar también, que tanto para la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión, no basta con tener por acreditados los elementos objetivos y normativos de la entidad delictiva de que se trate, pues los elementos subjetivos específicos y los subjetivos como el dolo y la culpa, evidentemente que deben quedar acreditados desde el mandamiento de captura y el dictado de formal prisión, por lo que no debe esperar el juzgador ha emitir la sentencia definitiva para que esos elementos sean materia de acreditación, esto con la finalidad de brindar la debida certeza jurídica al inculpado.

Como premisa menor, corresponde citar los dispositivos legales comprendidos en el Código Federal de Procedimientos Penales que establecen los requisitos para tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; en lo que a nosotros interesa, se tiene lo siguiente:

Artículo 168.- 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 elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del 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.

Artículo 134.- 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 por 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 juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

(...).

Luego, de la armónica interpretación de estos artículos se obtiene que el concepto de cuerpo del delito que recoge nuestro Código Federal de Procedimientos Penales se integra de elementos objetivos, normativos en caso de que la descripción típica lo requiera, y subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, también si la descripción típica lo requiere. Estos elementos como ya se dijo arriba, por virtud de un principio de seguridad jurídica deberán quedar acreditados desde la orden de aprehensión, y por supuesto que también al dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no obstante que el actual artículo 134 de nuestro Código Adjetivo, señale que los elementos subjetivos serán analizados por el juzgador después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues todo juzgador que se jacte de ser respetuoso del Estado de Derecho deberá atender a las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas tanto en el artículo 19, párrafo tercero, y 16, párrafo segundo, de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹²

¹¹² Recuérdese que los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna fueron reformados el 3 de septiembre de 1993, en donde se cambió, de cuerpo del delito a elementos del tipo; a esta reforma le siguió la de 10 de enero de 1994, relativa al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en la cual se estableció la estructura del tipo penal complejo, la cual brindaba mayor seguridad jurídica; sin embargo, el 8 de marzo de 1999 se vuelve a reformar la Constitución y se regresa a la expresión “cuerpo del delito”, siendo robustecida esta reforma, por la que se hizo a los artículos 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se puso de relieve que para librar orden de aprehensión y dictar auto de formal prisión bastaba con tener por acreditados los elementos objetivos y normativos; los subjetivos específicos, y las demás circunstancias que la ley prevea, es decir, las modificativas o calificativas debían analizarse hasta después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. No obstante lo anterior, en la práctica judicial es posible observar que la mayoría de los Jueces y Magistrados siguen aplicando en sus resoluciones judiciales la sistemática del antiguo artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que evidentemente brinda mayor seguridad jurídica; sin embargo en la etapa de averiguación previa los Agentes del Ministerio Público (siguiendo una posición ortodoxa), en la mayoría de las consignaciones acreditan únicamente los elementos objetivos y normativos. En este orden de ideas y con la finalidad de mostrar la antigua estructura del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente a partir de 1994, se transcribe éste en su integridad:

“Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión

Sobre éste tópico el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Rubro y texto: MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN. De una recta interpretación de los artículos 4o., 7o., 8o. y 9o. del Código Penal del Estado de Yucatán, así como de los numerales 255 y 287 del Código de Procedimientos en Materia Penal de esa entidad, vigentes, se colige que la actividad probatoria en las diversas fases del proceso estará encaminada a la demostración del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado. Ahora bien, el concepto clásico que la jurisprudencia mexicana ha establecido con respecto del cuerpo del delito se sustenta en la interpretación de normas cuyo contenido ha variado en el devenir histórico y son diversas a las que en la actualidad nutren a nuestro sistema penal, por ende, ya no cobra relevancia su aplicabilidad. En la legislación vigente, para estudiar una determinada figura delictiva, es necesario examinar tanto los aspectos positivos del injusto (conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad) como los negativos (ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, falta de condiciones objetivas y excusas absolutorias), pues éstos aparecen dispersos en la actual codificación penal. En este sentido, se aprecia que no contamos con un sistema armónico de leyes que en concreto nos guíen por un sistema en específico, sino que nos encontramos con una legislación con tintes causalistas y finalistas, pues si bien se regresó al concepto del cuerpo del delito, alude aún a tipo penal, como se aprecia de los artículos 4o. y 8o. del código sustantivo local. Se dice lo anterior, porque de considerar al cuerpo del delito desde su generalización objetiva, yace un peligro para la seguridad jurídica, en la medida en que ella implica una prescindencia de las diferencias subjetivas que podrían dar lugar a cláusulas generales que derogarían la función garantista de la ley penal acogida por la Constitución. Por ende, al resultar el dolo y la culpa elementos subjetivos del hecho, y sus modificativas y calificativas, las modalidades de tales conductas, se impone su acreditación junto con los demás elementos que integran la descripción típica, desde el momento en que el Ministerio Público decide ejercitar la acción penal ante los órganos jurisdiccionales. Ello es en virtud de que, de la misma manera que el legislador está obligado a no dejar indefinido el carácter doloso o culposo de la conducta que amenaza con pena, el Juez penal debe incluir el carácter doloso o culposo y las modificativas y calificativas de las

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere. a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y; h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar sino no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señala la ley.”

conductas sometidas a su juicio, dentro de los aspectos que son alcanzados por el principio de legalidad en una orden de aprehensión o en un auto de formal prisión. Además de que, de no hacerlo así, el juzgador violaría el principio de contradicción probatoria, dejando al indiciado en un estado de indefensión al no poder combatir durante la instrucción -por desconocerlas- las modificativas o calificativas de su conducta, que en sentencia definitiva repercutirán en la dosimetría de la pena.

Precedentes: Novena Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Julio de 2002. Tesis: XIV.3o.7 P. Página: 1336. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 83/2002. 29 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Luís Armando Coaña y Polanco, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Rivero Evia. Nota: Sobre el tema tratado existen denuncias de contradicción de tesis 114/2001 y 80/2002, pendientes de resolver en la Primera Sala.

Establecido nuestro marco jurídico, corresponde conocer enseguida cuál es la estructura dogmática que se desprende de los dispositivos legales antes citados, tanto para los elementos del delito, como para el cuerpo del delito y responsabilidad penal; en tal virtud, se pasa a exponer lo siguiente:

A).- ELEMENTOS DEL DELITO:

En atención a la teoría eptatónica, la cual considera que dentro de la estructura del delito se encuentran contenidos siete elementos, éstos en su aspecto positivo, son los siguientes:

1.- ASPECTO POSITIVO:

- a).- Conducta (acción u omisión).
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuridicidad.
- d).- Imputabilidad.
- e).- Culpabilidad.
- f).- Condiciones objetivas de punibilidad.
- g).- Punibilidad.

2.- ASPECTO NEGATIVO:

- a).- Ausencia de voluntad.
- b).- Atipicidad.
- c).- Causas de Justificación.
- d).- Inimputabilidad.
- e).- Causas de exclusión de la culpabilidad.
- f).- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.
- g).- Excusa absolutoria.

Es importante señalar que los elementos del delito en su aspecto positivo y negativo, se encuentran perfectamente previstos y reglamentados en el artículo 15 del Código Penal Federal, de donde se deduce perfectamente la dogmática jurídico-penal mexicana, tal y como se aprecia a continuación:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

- I.- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente;
- II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
- III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
 - a).- Que el bien jurídico sea disponible;
 - b).- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
 - c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;
- IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de 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.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a la de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;
- V.- 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 y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- 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, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

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 a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX.- 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; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

En efecto de la fracción I se desprende el supuesto de ausencia de voluntad; en la fracción II, la atipicidad del comportamiento; a nivel de la tipicidad aplica el supuesto de error de tipo, previsto en el inciso a) de la fracción VIII del numeral que se comenta; en la fracción III, IV, V y VI se prevén las causas de justificación que anulan la antijuridicidad de la conducta, como son el consentimiento del titular del bien jurídico, la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, respectivamente; la fracción VII, establece el supuesto de inimputabilidad; como causas de exclusión de la culpabilidad se encuentran, el supuesto previsto en la fracción VIII, inciso b), relativo al error de prohibición; la fracción IX que prevé la no exigibilidad de otra conducta, y la X que regula el caso fortuito.

Esto sería lo que se constituye como el aspecto negativo del delito, pero haciendo un esfuerzo de razonar a *contrario sensu*, se llega a la conclusión de

que también en este artículo se encuentran previstos los elementos del delito en su aspecto positivo.

Sentado lo anterior, es menester conocer ahora el contenido de los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, según la estructura actual del artículo 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, de donde se obtiene lo siguiente:

B).- CUERPO DEL DELITO:

Los elementos del cuerpo del delito, se pueden dividir de manera genérica en objetivos y subjetivos, en los primeros se hayan contenidos los elementos normativos; en los segundos, los elementos subjetivos específicos tal y como se observa a continuación:

1.- Elementos objetivos:

- a).- La existencia de la correspondiente acción u omisión
- b).- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido
- c).- Calidad específica en el sujeto activo
- d).- Calidad específica en el sujeto pasivo
- e).- El objeto material
- f).- Los medios utilizados
- g).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
- h).- El resultado
- i).- El nexo de causalidad
- j).- Los elementos normativos
- k).- Las demás circunstancias que la ley prevea (modificativas o calificativas).

2.- Elementos subjetivos:

a).- Elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa.¹¹³

C).- PROBABLE RESPONSABILIDAD:

Con relación a la probable responsabilidad, se requiere acreditar los siguientes elementos:

a).- La forma de intervención del sujeto activo (autoría y participación)

Atentos a lo anterior, debemos recurrir al contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, de donde se advierte lo siguiente:

Artículo 13.- Son autores o partícipes:

I.- Los que acuerdan o preparan su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro en su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

(...).

¹¹³ Es evidente que dada la actual estructura del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se ha modificado la nomenclatura establecida antes de la reforma procesal de 18 de mayo de 1999, es decir la adoptada por el legislador el 10 de enero de 1994, inspirada en la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de 3 de septiembre de 1993, mediante la cual se utilizó la expresión *elementos del tipo penal*, hoy *elementos del cuerpo del delito* según reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, lo que pone de relieve, que por cuerpo del delito deberá entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera; lo cual, nos lleva a considerar que parecería que los elementos del cuerpo del delito se constituyen únicamente por elementos objetivos o externos, es decir, los que son susceptibles de ser apreciados a través de los sentidos, así como los normativos, que tienen una connotación de índole jurídico o cultural; sin embargo, también podemos decir, que dentro de la actual estructura del cuerpo del delito se hayan contenidos los elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, pues del contenido del actual artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales así se pone de relieve, pues dicho numeral señala que los elementos subjetivos específicos serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda; luego, podemos concluir que la estructura del cuerpo del delito, se constituye por elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, pues éstos, (dolo y culpa) forman parte de la culpabilidad.

En estas condiciones y dado el contenido del artículo antes citado, deberá acreditarse, según sea el caso, alguna de las siguientes hipótesis:

- I.- Autor intelectual
- II.- Autor material directo
- III.- Coautoría
- IV.- Autor mediato
- V.- Instigador o inductor
- VI.- Cómplice o auxiliador
- VII.- Encubridor
- VIII.- Complicidad correspectiva o autoría indeterminada.

b).- También se acreditará la comisión dolosa o culposa del delito (dolo y culpa)

Al respecto, el artículo 8º y 9º del Código Penal Federal, establecen:

Artículo 8º. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden ser realizadas dolosa o culposamente.”

Artículo 9º. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

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.

En esta tesitura, deberán acreditarse los siguientes extremos:

Dolo: (directo y eventual).

Culpa: (culpa con representación y culpa sin representación).

En relación a la culpa, que es la materia de nuestro estudio, de acuerdo con su conformación normativa, se estructura por una acción caracterizada por la violación a un deber de cuidado que se debía y podía observar según las

circunstancias y condiciones personales del autor (culpa inconsciente); o bien por la violación de un deber de cuidado que se previó confiando en que no se produciría dadas las circunstancias y condiciones personales del autor (culpa consciente); un resultado típico que no se previó, no obstante ser previsible, o bien un resultado típico que sí se previó confiando en que no se produciría y, un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige en el delito culposo, por derivar de la propia descripción legal, es de naturaleza normativa; sin que se deba equiparar a un mero proceso de causa y efecto, sino denotar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado que se produjo.

c).- Que no se acredite a favor del inculpado alguna causa de justificación o licitud. (Excluyentes del delito, relativas a las fracciones III, IV, V y VI, del artículo 15 del Código Penal Federal).

1.- Consentimiento del titular del bien jurídico.

2.- Legítima defensa.

3.- Estado de necesidad justificante.

4.- Cumplimiento de un deber.

5.- Ejercicio de un derecho.

d).- Que no se acredite a favor del inculpado alguna excluyente de culpabilidad. (Excluyentes del delito, previstas en las fracciones VII, VIII, IX y X, del artículo 15 del Código Penal Federal).

1.- Inimputabilidad.

2.- Error de prohibición (vencible e invencible).¹¹⁴

3.- La no exigibilidad de otro comportamiento.

4.- Caso fortuito.

Como conclusión se puede sostener, que la estructura del delito en nuestra sistemática penal mexicana se instituye de la siguiente forma:

En el primer nivel de análisis deberá acreditarse la tipicidad, en la cual se acreditarán los elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos; en el segundo nivel analítico se estudiará la antijuridicidad, tomándose en cuenta que no se actualice alguna causa de justificación o licitud del comportamiento; finalmente en el último escaño se acreditará la culpabilidad, en la cual se conocerá la forma de participación del sujeto activo, el dolo y la culpa, así como que no se actualice alguna excluyente de culpabilidad.

¹¹⁴ Según la estructura vigente del artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal, se pone de relieve que existió falta de técnica jurídica por parte del legislador de 1999, porque hace una ubicación sistemática del error de tipo y del error de prohibición como excluyentes de la culpabilidad; ello resulta así, cuando el legislador también ubica el dolo y la culpa a nivel de la culpabilidad, y si la acción y omisión se realizan bajo un error invencible o vencible, ya sea de tipo o de prohibición, y si dichas acciones u omisiones sólo pueden ser dolosas o culposas, y además si ya el dolo y la culpa se hayan incitas en la culpabilidad, es evidente que esas dos clases de error el legislador las considero como excluyentes de la culpabilidad. No deja de soslayarse que atento a la teoría del tipo objetivo y subjetivo, aportado a la sistemática de la acción final por Alexandro Graf Zu Donna, quien estableció, que si la culpabilidad era valoración del objeto, no podía contener al dolo y a la culpa, por lo que Zu Donna extrae el dolo y la culpa de la culpabilidad para insertarlos en el tipo penal, por ello habla de que la culpabilidad es valoración del objeto y el tipo penal que contenía al dolo y a la culpa eran su objeto de valoración. Luego, si el legislador de 1999 volvió a establecer que el dolo y la culpa son parte de la culpabilidad, ya no se puede hablar entonces de un objeto de valoración de los llamados elementos subjetivos del injusto (dolo y culpa) y si además, recordamos que el error de tipo invencible anula el dolo y la culpa y el error de tipo vencible anula únicamente el dolo, dejando únicamente la culpa, para el caso de que la entidad delictiva admita esa forma de realización culposa, es evidente que el error de tipo tiene una función de atipicidad de la conducta, pero si dichos elementos subjetivos ya no se encuentran en el tipo, sino en la culpabilidad, bajo éste panorama, se podría pensar que ya no existe en nuestra sistemática el error de tipo; sin embargo, considero que sí sigue vigente dicha figura, pero estimo que el error de tipo debe estudiarse a nivel de la tipicidad, y no en la culpabilidad. Sin embargo, en la práctica judicial se observa que en algunas ocasiones en materia federal, los Jueces y Magistrados analizan el error de tipo a nivel de la culpabilidad, estudiando en el mismo nivel de análisis el error de prohibición; en otras ocasiones omiten estudiar totalmente el error de tipo, es decir, no lo estudian ni en la tipicidad, ni en la culpabilidad, simplemente no se pronuncian sobre éste tópico; y otras veces, que son la menos, lo analizan correctamente a nivel de la tipicidad. Lo anterior patentiza la falta de unificación de criterios que devienen en falta de seguridad jurídica para los enjuiciados.

4.13.2. Estructura de la imputación objetiva. (Roxin-Jakobs)

En la elaboración de este tema se tomarán en consideración únicamente las dos principales posiciones doctrinales que han servido para la construcción de la teoría de la imputación objetiva, me refiero a la sostenida por Claus Roxin y la sustentada por Günther Jakobs, quienes puede afirmarse son los principales representantes modernos de dicha sistemática.

Para ambos, el nexo de causalidad a pasado de ser uno de los elementos más importantes de la acción, para convertirse en un elemento autónomo del tipo objetivo. En cuanto a la ubicación sistemática de la imputación objetiva, ambos coinciden en señalar que esta se haya en el tipo objetivo y no como lo refieren otros, que es a nivel de la antijuridicidad.¹¹⁵

Establecido lo anterior, paso a exponer la estructura de la imputación objetiva en Roxin:

Lo primero que hay que acreditar es la causalidad natural en el delito, es decir la relación que existe entre el comportamiento del autor y el resultado; pero esto no es suficiente, el nexo de causalidad debe ser complementado con criterios jurídicos de valoración para poder constatar que ciertamente el resultado es obra de un sujeto y por ende estar en aptitud de formular la correspondiente imputación objetiva, estos criterios de valoración son los presupuestos de la imputación objetiva.

Por lo tanto, para imputar un resultado como obra del autor hay que acreditar previamente dos cuestiones:

¹¹⁵ En este trabajo se sostiene la posición doctrinal que defiende que la ubicación sistemática de la imputación objetiva se encuentra en la tipicidad, pues de ninguna manera puede afirmarse que los presupuestos de la imputación objetiva, que se constituyen como elementos de valoración, como el riesgo permitido, pueden considerarse causas de justificación que anulan la antijuridicidad del comportamiento, haciendo típica en consecuencia una conducta jurídicamente permitida, pues en todo caso, ésta al no sobrepasar los límites del riesgo permitido carece de relevancia penal por ser socialmente adecuada, lo que anula la tipicidad del comportamiento y no la antijuridicidad de éste; sin embargo entre los detractores de esta postura, se encuentran Juan Bustos Ramírez, quien sostiene que la ubicación sistemática de la imputación objetiva se encuentra en la antijuridicidad, sobre este tópico Véase BUSTOS RAMÍREZ, JUAN-LARRAURI, ELENA, *La imputación objetiva*, op. cit., pp.35-36.

- a) La causalidad natural; y,
- b) Los presupuestos de la imputación al tipo objetivo.

¿Cuáles son esos criterios normativos o presupuestos de imputación que deben acreditarse?

En primer lugar, el criterio general, el más importante y sobre el cual giran los demás presupuestos de imputación, se encuentra en el llamado *principio del riesgo*, entendido como aquél “dentro del cual quedarían comprendidas no sólo las conductas que no superen los peligros socialmente tolerados, sino aquellas que aun habiendo generado riesgos desaprobados producen resultados que ni siquiera con una conducta conforme a derecho hubieran podido ser evitados.”¹¹⁶

Utilizando el mismo método de análisis que se instrumentó para conocer la estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal, resulta, que los presupuestos normativos que deben tomarse en cuenta para estar en aptitud de hacer un juicio de imputación al tipo objetivo, es decir para qué haya tipicidad del comportamiento, son los siguientes:

ASPECTO POSITIVO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN:

- A).- Creación de un riesgo no permitido.
- B).- Realización del riesgo no permitido.
- C).- Alcance del tipo.

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado se identifica con el disvalor de la acción, la realización del riesgo, con el disvalor del resultado, lo

¹¹⁶ REYES ALVARADO, YESID, op. cit., p. 243.

que complementado con el fin de protección de la norma o alcance del tipo constituye el juicio de imputación objetiva.

Para que haya tipicidad del comportamiento, debe acudirse entonces a la siguiente fórmula genérica de la imputación objetiva:

Un resultado solo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.

ASPECTO NEGATIVO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN:

La exclusión de la imputación al tipo objetivo y por ende, de la tipicidad de la conducta, se actualiza en los siguientes supuestos normativos:

A).- En relación a la creación de un riesgo no permitido:

1.- En caso de disminución de riesgos.

El autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto se anula la creación del riesgo, lo que deviene en la falta de conducta típica.

2.- Si falta la creación del peligro.

El autor no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. Se trata de comportamientos inocuos para el Derecho penal, pues antes de producirse el resultado no representan ningún peligro de lesión para el bien jurídico.

3.- Creación de peligro y cursos causales hipotéticos.

No es posible imputar un resultado como obra de un sujeto cuando el autor modifica únicamente una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto. Se excluye la imputación en el caso de que alguien no solo modifique una causalidad natural, sino que la sustituya por una acción autónoma. (El resultado es inevitable).

4.- Casos de riesgo permitido.

El mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica.

B).- En relación a la realización del riesgo no permitido.

1.- Si falta la realización del peligro.

Aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de la plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo. No hay juicio de imputación al tipo objetivo, si no se materializa el peligro en el resultado.

2.- Por falta de realización de un peligro no permitido.

En este caso se dan tres supuestos:

a) Cuando el incremento del riesgo permitido no repercute en la concreta materialización del resultado.

b) Cuando la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción de éste, no se ha incrementado por ese aumento del riesgo permitido.

c) En algunas ocasiones el sobrepasar el riesgo permitido ciertamente no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, pero no obstante el

curso del hecho era éste tan irrelevante jurídicamente (atípico) que ya no es posible contemplarlo como idóneo para la realización del riesgo prohibido.

3.- En los casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Dentro del ordenamiento jurídico existen normas que imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos; sin embargo, cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se debe negar la imputación de la conducta al tipo.

4.- En tratándose de conductas alternativas conforme a Derecho y la Teoría del incremento del riesgo.

Se trata de casos en los que alguien ha traspasado las fronteras del riesgo permitido, sin embargo se demuestra que aunque se hubiera observado el cuidado exigido, el resultado, con gran probabilidad, también se hubiera producido.

C).- En relación al alcance del tipo.

El alcance del tipo se refiere, a que, a pesar de que haya habido una realización del riesgo no permitido, ello no es suficiente en todos los casos para hacer el juicio de imputación, dado que el alcance del tipo (es decir el fin de protección de la norma típica) no abarca todos los resultados, es decir resultados de la clase de los producidos, pues el tipo no está destinado a impedir esos resultados.

1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.

Aquí alguien incita a cooperar en acciones de otro que son más peligrosas de la medida normal; el sujeto que se autopone en peligro tiene plena conciencia del peligro.

2.- La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.

En este caso el sujeto no se pone en peligro dolosamente a sí mismo, si no que se deja poner en un peligro por una obra que es exclusiva de un tercero, es decir de otro, con conciencia del riesgo existente.

3.- La atribución a la esfera de responsabilidad ajena.

Aquí no abarca el tipo aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Únicamente cuando el tercero haya desplazado el peligro creado por el autor inicial y originado otro foco de peligro autónomo, el resultado producido entrará exclusivamente en su esfera de responsabilidad del tercero, excluyendo la tipicidad del comportamiento del autor inicial.

A contrario sensu, se puede decir que para acreditar que no hay imputación al tipo objetivo porque el comportamiento es atípico, se debe echar mano de la siguiente fórmula genérica que se propone:

Un resultado no será objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino un riesgo permitido que es el que en verdad se ha realizado en el resultado atípico que además no pertenece al ámbito o fin de protección de la norma infringida.

En relación a la estructura de la imputación objetiva de Jakobs, se tiene lo siguiente:

Su principal fundamento descansa en el principio de los *roles sociales*. Es una teoría eminentemente normativa que comprende dos instituciones o presupuestos normativos.

APECTO POSITIVO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN.

A).- La imputación objetiva del comportamiento. (Primer presupuesto de imputación).

B).- La imputación objetiva del resultado. (Segundo presupuesto de imputación).

Ambos presupuestos de imputación constituyen elementos del injusto penal, y por ende de la tipicidad del comportamiento. El primer presupuesto de imputación corresponde al disvalor de la acción, el segundo, al disvalor del resultado, lo que de manera conjunta constituye el juicio de imputación objetiva.

ASPECTO NEGATIVO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN.

A).- En relación a la imputación objetiva del comportamiento.

1.- Riesgo permitido.

Esto equivale a la no infracción del deber de cuidado. Se utiliza para determinar el deber de cuidado y delimitar con ello el alcance del tipo. Impide que determinadas conductas tengan cabida dentro del tipo penal a pesar de que produzcan o puedan producir un resultado desaprobado. La conducta amparada con el riesgo permitido no realiza el tipo porque no produce el desvalor de la acción. Depende del quebrantamiento del rol.

2.- Principio de confianza.

Es un supuesto del riesgo permitido y de la prohibición de regreso. Se refiere a que cada persona puede organizar su actividad sobre el supuesto de

que los demás se comportarán también de manera reglamentaria. El sujeto que realiza una actividad arriesgada en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él se van a comportar correctamente, mientras no existan indicios de que ello no va a ser así. Haya su fundamento en el principio de autorresponsabilidad.

3.- Prohibición de regreso.

Delimita los ámbitos de responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en una determinada relación de causalidad, prohibiendo tajantemente el regressum ad infinitum característico de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Son casos de participación aparente, en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito cuando ésta situación se ha creado con base en un riesgo permitido. Consiste en que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida, es decir, el segundo sujeto participante no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma. Quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro que otro dé al acontecimiento.

4.- Acciones a propio riesgo.

Aquí se agrupan todos aquellos casos en que el tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico, realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. Hay una infracción a los deberes de autoprotección de la propia víctima derivados de su competencia. En estos casos el tercero participante no es garante de los bienes jurídicos de la víctima; no hay atribución de la lesión de los bienes jurídicos de la propia víctima hacia el tercero participante.

Finalmente, para que pueda relevarse de responsabilidad penal al tercero participante en una acción a propio riesgo de la víctima, deberán tomarse en cuenta los siguientes presupuestos:

a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa. (Dominio funcional del hecho).

b) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. (No debe ser instrumentalizado por el autor, y el peligro debe ser conocido y cognoscible).

c) El tercero no debe ostentar una calidad de garante respecto a la persona que se autopone en peligro.

Establecido lo anterior, debe puntualizarse que los institutos del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y acciones a propio riesgo tienen la función de excluir la tipicidad del comportamiento y se ubican sistemáticamente a nivel del tipo objetivo.

4.13.3. Semejanzas y diferencias entre la estructura del delito en nuestro Derecho Penal Federal Mexicano y la estructura de la imputación objetiva

Puede sostenerse que todo sistema que identifique sus presupuestos dogmáticos con el principio de legalidad, puede recibir con gran satisfacción en su seno a la teoría de la imputación objetiva, pues evidentemente que ésta al establecer como criterio normativo o presupuesto de imputación, lo que se conoce como alcance del tipo o fin de protección de la norma, deviene en brindar al enjuiciado la debida certeza jurídica en el correspondiente juicio de imputación, pues no obstante que se haya creado y realizado un riesgo no permitido, si el tipo no abarca la clase de resultados producidos, no será posible concretizar los dos presupuestos de imputación a que se refiere Roxin, por ende, la formula genérica que sostiene que *un resultado solo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.*

Luego, ésta fórmula genérica sostenida por la imputación objetiva se identifica con nuestros artículos 14 párrafo tercero, 16 párrafo segundo, y 19 párrafo primero de nuestra Carta Magna, de donde se colige que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. 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. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Es decir, para poder estar en aptitud de hacer un juicio de imputación, como lo propone la teoría de la imputación objetiva, es necesario que exista el correspondiente juicio de tipicidad, que la conducta desplegada por el agente se adecue perfectamente a la norma jurídico-penal previamente establecida, y en esas condiciones se podrá hablar de la tipicidad del comportamiento, lo que para la sistemática en estudio se denomina imputación objetiva, en donde ésta se utiliza tanto para la constatación del carácter típico de la conducta como para la atribución del resultado lesivo a la conducta. Luego, podrá estarse en aptitud de imponer una pena que esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. En consecuencia, el alcance del tipo o fin de protección de la norma se identifica con nuestros principios de legalidad y seguridad jurídica, previstos en nuestras normas constitucionales.

Por cuanto hace al nexo de causalidad, ambos sistemas coinciden en ubicarlo sistemáticamente a nivel del tipo objetivo, de donde resulta, que para la imputación objetiva la relación de causalidad es un elemento del tipo y

presupuesto de la imputación objetiva. Tanto en México como en Alemania, se sostiene que la acción y el resultado forman parte del tipo objetivo.

En nuestro sistema penal mexicano, el nexo de causalidad forma parte de los elementos objetivos del delito, se encuentra ubicado sistemáticamente a nivel de la tipicidad, pero en el tipo objetivo, es decir, en lo que se constituye ahora como el cuerpo del delito en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Sobre el nexo de causalidad, es importante señalar, que una de las grandes aportaciones de la teoría de la imputación objetiva ha sido el poder diferenciar entre los hechos jurídicamente relevantes y los sucesos o fenómenos meramente causales o fortuitos al introducir a su sistemática criterios de carácter normativo que complementan el dogma causal, es decir, la llamada relación de causalidad. Estos criterios normativos difieren según se trate de estudiar a Roxin o a Jakobs; sin embargo, ambas posiciones doctrinales nos permiten atribuir un determinado resultado como la propia obra de alguien, con mayor certeza jurídica a virtud de esos criterios normativos.

Sobre los elementos normativos en el nexo de causalidad, y que son introducidos por el modelo teórico de la imputación objetiva; éstos, en nuestro Derecho Penal, pueden hallar su fundamento en la sistemática adoptada por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que al definir lo que debe entenderse por cuerpo del delito, dice que es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, *así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera*. De aquí se pone de relieve, que ya nuestro concepto de cuerpo del delito admite la concurrencia de elementos de índole normativo, y que precisamente al igual que la teoría de la imputación objetiva, se hayan ubicados a nivel de la parte objetiva del tipo; es decir, en el tipo objetivo, para nosotros cuerpo del delito.

Estos criterios de naturaleza normativa se pueden apreciar perfectamente en el artículo 9º, párrafo segundo, del Código Penal Federal,

qué en tratándose de delitos culposos, refiere que *obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.*

En relación a los criterios normativos ha que hago referencia en el nexo de causalidad, se puede afirmar que en México, el Poder Judicial de la Federación ya se ha pronunciado abiertamente sobre este tópico, tras sostener que la culpa sin representación se conforma de una acción que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el activo debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; un resultado típico que no se previó siendo previsible y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar, dice el Poder Judicial de la Federación, que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal (en el caso concreto, el artículo 9º, párrafo segundo del Código Penal Federal, que establece como elemento del delito culposo, la violación de un deber de cuidado), lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo.¹¹⁷

Como sustento de lo anteriormente expuesto, se cita el siguiente criterio, que fue sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

¹¹⁷ Sobre éste tema, se sugiere consultar la resolución dictada con motivo de la emisión de este criterio, misma que puede solicitarse directamente ante el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Lo importante de ésta sentencia, es que de su contenido se avizora uno los criterios de la teoría de la imputación objetiva, consistente en inyectar al nexo de causalidad de elementos de índole normativo, como la necesaria y estricta relación entre el deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produce; aunque también se advierte que los Magistrados de ese Tribunal no se pronunciaron abiertamente sobre los presupuestos de esta sistemática, quizá por considerar que no se encuentran previstos de manera expresa en nuestra legislación penal. Otra de las aportaciones de ésta resolución judicial es que se avizora también un desplazamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, para dar paso a criterios de carácter normativo en el nexo de causalidad. Se recomienda consultar también, el voto particular del Magistrado Ricardo Ojeda Bohórquez.

Rubro y texto: CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO. La culpa sin representación se conforma de una acción que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el activo debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; un resultado típico que no se previó siendo previsible y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Consecuentemente, en delitos con motivo de tránsito de vehículos, es violatoria de garantías la sentencia que acredita la autoría material en la responsabilidad penal y condena al inculpado por el delito de homicidio, cuando este resultado no es la consecuencia causal de su acción culposa que cesó y, por ende, consumó el delito de lesiones, cuando golpeó con el vehículo que conducía en una pierna al ofendido y lo esquivó, para, en forma autónoma, con motivo de diversa conducta culposa de un tercero a quien también se le atribuye autoría material, que conducía diverso vehículo automotor, ocasionó la muerte por atropellamiento.

Precedentes: Novena Época, Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Junio de 2002, Tesis: I.7o.P.7 P, Página: 643. Amparo directo 607/2002. 22 de marzo de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz.

De lo antes expuesto, se puede sostener que nuestra legislación en materia de cuerpo del delito y responsabilidad penal, coincide con la estructura de la imputación objetiva al establecer que el nexo de causalidad no debe estudiarse como un mero proceso de causa y efecto, sino con elementos de

carácter normativo. Recuérdese que en nuestro país en tratándose del delito culposo y que además es la materia de nuestro estudio, la misma jurisprudencia ha considerado diversos requisitos para la estimación del delito culposo, a saber, la existencia de una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente del poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar el daño, un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado, la causación de un daño y por supuesto, la relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido.

Estos criterios normativos que ya adopta nuestro Derecho Penal, se remontan a la posición sostenida por Larenz, quien refiere que para imputar al sujeto un hecho imprudente es necesario realizar un juicio normativo, se habla del hombre prudente. Honig, sustenta su teoría acudiendo a consideraciones puramente normativas, sostiene que la tarea de la imputación objetiva es constatar la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, de acuerdo a criterios señalados desde el propio ordenamiento jurídico, tal y como ya lo sostiene el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Por su parte Jakobs, como ya se vio, sostiene que el Derecho Penal ya no persigue la mera protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento de la norma, por lo que su posición doctrinal es denominada funcionalismo sistemático normativo. Roxin por su parte, ha hecho depender la imputación objetiva de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello la categoría científico-natural o lógica de la causalidad, por un conjunto de reglas orientadas a las valoraciones jurídicas.

Por ello, como bien se apuntó en el capítulo tres de la presente tesis doctoral, Gimbernat ha sostenido que la imputación objetiva es positivamente un elemento normativo del tipo; luego, su fundamento legal bien puede

encontrarse en el artículo 168, párrafo segundo, de nuestro Código Federal de Procedimientos Penales.

Sobre los presupuestos normativos o criterios de valoración a que se refiere la teoría de la imputación objetiva, y que introduce al nexo de causalidad para poder distinguir los procesos meramente causales, de los hechos jurídicamente relevantes, en Roxin se encuentran, el principio del riesgo, como piedra angular de su sistema, de donde se deriva la creación de un riesgo no permitido, la realización del riesgo no permitido y el alcance del tipo o fin de protección de la norma. Para Jakobs, su principal fundamento descansa en el principio de los roles sociales, de donde se deriva la imputación objetiva del comportamiento y la imputación objetiva del resultado; el primer nivel de imputación, comprende cuatro instituciones, a saber, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima o acciones a propio riesgo.

Estos presupuestos de dónde parte cada uno de los sistemas estudiados, evidentemente que tienen relación con la estructura del delito en nuestro Derecho Penal, pues si bien es cierto no se encuentran previstos expresamente en nuestra legislación penal (Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales), lo cierto es que sí se identifican con varias de nuestras instituciones jurídicas.

La creación del riesgo no permitido, bien se identifica con lo que se conoce como el disvalor de la acción; la realización del riesgo no permitido, con el disvalor del resultado, ambos constituyen el injusto penal, por ende son componentes del juicio de tipicidad, claro está, añadiendo la fórmula del alcance del tipo o fin de protección de la norma, el cual como ya se dijo sí tiene fundamento en nuestra Carta Magna, en atención al principio de legalidad y seguridad jurídica.

Tanto Roxin como Jakobs proponen el criterio normativo denominado riesgo permitido, éste principio encuentra su ubicación sistemática como ya lo dije más arriba, a nivel de la tipicidad, posición doctrinal a la que me adherí; y

por ende, considero que se identifica con el elemento normativo contenido en nuestro artículo 9º, párrafo segundo del Código Penal Federal, relativo al deber de cuidado. Consecuentemente en el delito culposo surte perfectamente la relación entre riesgo permitido y deber de cuidado, pues el riesgo permitido equivale a la no infracción al deber de cuidado que impide que determinadas conductas tengan cabida dentro del tipo penal a pesar de que produzcan o puedan producir un resultado desaprobado, lo cual sucede también con el deber de cuidado, en donde puede ser el caso, que derivado de una intervención quirúrgica se causen lesiones al paciente, pero dado que estas son necesarias para poder abrir la cavidad abdominal y proceder a extirpar algún órgano interno, para que el sujeto halle su cura, y además se cumple con los criterios de la *lex artis*, es inconcuso que ese resultado dañoso de las primeras lesiones serán atípicas por virtud de haberse llevado a cabo bajo los límites del riesgo permitido y en cumplimiento de un deber de cuidado, que el médico podía y debía cumplimentar, derivado de las circunstancias y sus condiciones personales.

Luego, siempre que el agente lleve a cabo su comportamiento en cumplimiento de un deber de cuidado, se podrá decir que se adecuó al riesgo permitido; en caso de infracción al deber de cuidado, se habrá violentado el límite del riesgo permitido y se hablará entonces de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Otro de los aspectos en donde considero coinciden ambos sistemas, consiste en que Jakobs parte del principio de los roles sociales que a cada miembro del conglomerado social le está asignado, es decir cada ser humano es portador de un rol, esto es dice Jakobs, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar, lo que implica tener una calidad de garante en relación a determinados bienes. Consecuentemente, si en el artículo 9º, párrafo segundo del Código Penal Federal en tratándose de un obrar culposo, se atiende a las circunstancias y condiciones personales del agente para poder imputarle el resultado material, es evidente que no será posible hacer este juicio de imputación cuando de las circunstancias y condiciones de su persona no

resulte exigible el acatamiento del deber de cuidado, esto es, que no puede exigírsele haber reflexionado o actuado de distinta forma en que lo hizo si el deber de cuidado exigido no estaba dentro de su rol.

Como ya se vio, en la estructura del delito en nuestro Derecho Penal, la exigibilidad de otro comportamiento se estudia a nivel de la culpabilidad, probable responsabilidad, y es precisamente aquí en donde se debe examinar si en un obrar culposo, el comportamiento le podía ser exigido personalmente al agente, según sus características y capacidades individuales, es decir, si el mandato general de cuidado y previsión hubiese podido ser cumplido por el autor individual, según su inteligencia, formación, habilidad, capacitación, experiencia, posición social. Esto, no es otra cosa más que el rol social a que se refiere Jakobs, por ende, bien puede sostenerse que el rol social como elemento normativo de valoración se relaciona con la exigibilidad de otro comportamiento que se examina para nosotros a nivel de la culpabilidad.

Debe hacerse el apuntamiento, que una de las diferencias existentes entre los sistemas en estudio, es que el sistema funcionalista ubica sistemáticamente al dolo y a la culpa como elementos de la tipicidad; en el tipo se decide si un hecho es culposo o doloso. En México, a partir de la reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, a los artículos 16 y 19, y la correlativa al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, de 18 de mayo del mismo año, el dolo y la culpa fueron trasladados de la tipicidad a la culpabilidad, lugar en donde la culpa encuentra su lugar actualmente.

Continuando con Jakobs, cuando éste sostiene que el rol social implica una calidad de garante en relación a determinados bienes, esto tiene concordancia con el artículo 7º, párrafo segundo del Código Penal Federal, que prevé los supuestos para que se tenga la calidad de garante en la protección de determinados bienes, derivado de la ley, de un contrato o del propio actuar precedente del sujeto; tendiendo aplicación también el criterio del rol social en la atribución del resultado material, al que omita impedirlo, si se tenía el deber jurídico de evitarlo, precisamente derivado de ese rol social, lo que se identifica

también con la llamada competencia por institución y competencia por organización, estudiadas por Jakobs.

Con relación al principio de confianza debe puntualizarse en primer lugar, que si éste consiste en su aspecto positivo, en que una determinada persona ajustará su comportamiento de manera reglamentaria, confiando en que los demás también se comportarán de esa manera, conduciendo su comportamiento bajo el principio de autorresponsabilidad y observando en todo momento los deberes derivados de su rol; luego entonces, se habrá quebrantado ese principio de confianza, y en consecuencia deja de operar, cuando existen inequívocos elementos de juicio de los cuales se infiera que un tercero no conducirá su comportamiento de manera reglamentaria, es decir bajo el principio de autorresponsabilidad, por ende, que se advierta que el otro participe ha defraudado los deberes que emanan de su rol. Esto implica, que quien se percate de ello, sea competente para evitar el daño, consecuentemente, que tenga la calidad de garante.

De esto se obtiene, que también las excepciones al principio de confianza tienen concordancia con el artículo 7º, párrafo segundo del Código Penal Federal; pues si se tiene el deber jurídico de proteger un bien jurídico, derivado de la ley, de un contrato o del propio actuar precedente, es evidente que se tiene la calidad de garante, y sí éste garante se percata que otro garante, ha quebrantado los deberes derivados de su rol, cesa entonces el principio de confianza y por ende la división del trabajo.

En relación a la prohibición de regreso, ésta como ya se dijo, delimita los ámbitos de responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en una determinada relación de causalidad, prohibiendo tajantemente el regreso o retroceso de la responsabilidad penal al infinito. Esto tiene relación con el artículo 13 del Código Penal Federal, que establece la autoría y participación punible, de donde se pone de relieve que los autores y partícipes responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad, delimitándose de esta manera los ámbitos de responsabilidad penal y por ende, desplazando la teoría de la

equivalencia de las condiciones, la que se contrapone al principio de prohibición de regreso.

Una de las diferencias que se observa, consiste en que mientras la teoría de la imputación objetiva ubica sistemáticamente la prohibición de regreso a nivel del tipo objetivo, y que es precisamente en donde se delimitan los ámbitos de responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en una determinada relación de causalidad, en México la forma de intervención de los sujetos activos (autoría y participación) se analiza en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales a nivel de la probable responsabilidad o plena responsabilidad penal, según sea el caso.

Las acciones a propio riesgo o competencia de la víctima como ya se dijo, se refieren a aquellos casos en que el tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico, realiza una acción peligrosa para sus propios bienes, hay una infracción a los deberes de autoprotección de la propia víctima, el tercero participe no es garante de los bienes jurídicos de la víctima. También puede observarse una correlación con nuestro Derecho Penal, pues del contenido del artículo 15 fracción III, del Código Punitivo de la materia y fuero, se excluye el delito para el tercero participante, si éste actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico, siempre y cuando, el bien jurídico sea disponible, que su titular tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Otro fundamento que a mi juicio puede ser aplicado, es el artículo 52, fracción IV, del Código de la materia, cuando se dice que el juez para la imposición de las penas y medidas de seguridad deberá tomar en cuenta la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima y ofendido.

De lo antes expuesto se puede decir, que en una sociedad que establezca el libre desarrollo de la personalidad como base de su organización social, los miembros del conglomerado social actúan en su mundo circundante bajo el binomio *autonomía – responsabilidad*, lo cual estimo, debe ser interpretado como la libertad con que cuenta todo sujeto y los límites que éste debe anteponer a esa libertad, es decir, al sujeto dentro de la esfera de su competencia le corresponde establecer los límites de su propia libertad, así como de sus propios excesos, lo que implica la prohibición de lesionar bienes jurídicos ajenos, pero cuando lo que se decide lesionar son bienes propios de manera autorresponsable se está haciendo uso precisamente de esa libertad de libre desarrollo de la personalidad a que alude la teoría de la imputación objetiva, es decir del libre albedrío; libertad constitucional que bien puede hallar su fundamento en nuestro régimen constitucional en los artículos 1º y 4º de nuestra Carta Magna, pues en el primero de los numerales se haya contenida la garantía de que todo individuo por el solo hecho de encontrarse en territorio mexicano gozará de las garantías individuales que consagra la Constitución, entre estas, la garantía de ser una persona libre; con relación al segundo numeral, en su párrafo tercero se establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; lo que pone de relieve dos aspectos importantes, uno que consiste en el binomio *autonomía-responsabilidad*, y otro, que consiste precisamente en la libertad del libre desarrollo de la personalidad. Luego, sí que es posible para la construcción del modelo dogmático, echar mano del principio de autorresponsabilidad que sustenta la teoría de la imputación objetiva, pues halla sustento jurídico en nuestra Constitución Federal.

Continuando con el tópico de la víctima, en Roxin el alcance del tipo, atiende entre otros, al supuesto de la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, que se refiere a aquellas conductas de autorriesgo asumidas y aceptadas por la propia víctima, quien durante el desarrollo de su conducta riesgosa cuenta en todo momento con la cooperación de terceros, es decir, la propia víctima se pone en peligro concurriendo la contribución o participación de otros sujetos, en donde según Roxin el resultado lesivo le es imputable a la

propia víctima y no al tercero participante, bajo el argumento de que en Alemania no es punible la inducción al suicidio.

Sobre el planteamiento antes citado, esta sería una de las diferencias que se observan entre México y Alemania, dado que como ya se apuntó en este trabajo, en nuestro país no sería posible exonerar de pena al participe en una autopuesta en peligro dolosa por parte de la víctima bajo el argumento sostenido por Roxin, dado que a virtud del artículo 312 del Código Punitivo Federal, el legislador ha considerado como una conducta penalmente relevante el auxilio o inducción al suicidio, lo que obliga a llegar a conclusiones distintas para dar solución al problema planteado por Roxin.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El modelo teórico establecido por la teoría de la imputación objetiva, sí puede ser aplicado en México en la resolución del delito culposo derivado de la práctica médica. Se sostiene lo anterior, dado que si bien es cierto, en nuestra legislación penal (Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales), no se establecen de manera expresa los presupuestos de imputación o criterios normativos sostenidos por dicha sistemática, como son en Roxin, la creación y realización de un riesgo no permitido, y el alcance del tipo o fin de protección de la norma; y en Jakobs, la imputación objetiva del comportamiento y la imputación objetiva del resultado, en donde el primer presupuesto de imputación comprende los institutos del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo; lo cierto es que, estos criterios normativos si se avizoran en nuestra legislación penal, derivado de la interpretación que se haga de esta, pues como ya se sostuvo en la presente investigación, ambas sistemáticas guardan estrecha relación; incluso la imputación objetiva puede encontrar su fundamento en nuestra propia ley penal, en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, justificándose de esta manera su propia aplicación, dado que los encargados de la procuración y administración de justicia si cumplirían cabalmente en sus resoluciones ministeriales o judiciales, con la garantía de motivación y fundamentación, ya que inclusive, lo que se conoce como fin de protección de la norma encuentra fundamento en los artículos 14, 16 y 19 de nuestra Carta Magna, sin soslayar que la teoría de la imputación objetiva al ser aplicable a los delitos de resultado, perfectamente puede dar solución al delito culposo derivado del acto médico, pues recuérdese que en esta clase de delitos se exige necesariamente de un resultado material, que no admite la tentativa.

SEGUNDA: Una de las grandes aportaciones de la teoría de la imputación objetiva ha sido el poder diferenciar entre los hechos jurídicamente relevantes y los sucesos o fenómenos meramente causales o fortuitos, al introducir a su sistema criterios de carácter normativo que complementan la llamada relación de causalidad o dogma causal, y así poder estar en aptitud de atribuir un

determinado resultado como la propia obra de alguien; esos criterios normativos (creación y realización del riesgo no permitido, alcance del tipo o fin de protección de la norma, así como el principio de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo o competencia de la víctima), brindan mayor certeza jurídica al enjuiciado, pues es incuestionable que se rompe con la llamada teoría de la *condition sine qua non* o equivalencia de las condiciones, que admite el retroceso de la responsabilidad penal al infinito, lo cual no sucede con el principio de la prohibición de regreso sostenido por la teoría de la imputación objetiva. Luego, en tratándose del trabajo en equipo derivado de la práctica médica, en donde existe una división del trabajo, y pudiera llegarse a provocar un resultado material dañoso a título de culpa, hay que determinar con precisión cuál es la falta cometida y el miembro responsable; por ello, es de vital importancia introducir estos criterios de valoración para poder estar en aptitud de delimitar con mayor certeza jurídica los ámbitos de responsabilidad penal, en donde como se vio, en el trabajo médico-quirúrgico, es común que exista una división del trabajo horizontal y vertical, atribuyéndose la responsabilidad penal derivada de un delito culposo, únicamente a título de autor o coautor, pero no de partícipe, dado que esta forma de intervención en los activos no surte en el delito culposo.

TERCERA: En nuestro Código Penal Federal, en su parte general, no existe ningún criterio legal que regule expresamente el problema de la causalidad para todos los delitos de resultado material, por ende que delimite los ámbitos de responsabilidad penal en el nexo de causalidad, éstos criterios existen en la parte especial, pero únicamente en tratándose del delito de homicidio, en los artículos 303, 304 y 305, no obstante que existen otra clase de delitos que también admiten el nexo de causalidad. Del contenido de los artículos antes citados, se pone de relieve que nuestro Derecho Penal, adopta tanto la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, como la de la condición adecuada; sin embargo, el Poder Judicial de la Federación sostiene y se adhiere abiertamente a la primera de las citadas, es decir, a la teoría de la equivalencia de las condiciones, siendo ésta la que norma el criterio de los juzgadores al emitir sus resoluciones judiciales, empleando en consecuencia,

criterios que han sido aplicados desde hace más de cien años, no obstante que la corriente funcionalista de la imputación objetiva ha dado por superados esos anquilosados juicios de valoración, que hoy por hoy, no delimitan con la debida seguridad jurídica los ámbitos de responsabilidad penal.

CUARTA: En México ya existe una evidencia empírica a través de la cual se puede observar que el Poder Judicial de la Federación rompe con el criterio mayoritario que sostiene la teoría de la equivalencia de las condiciones, y adopta el principal postulado sostenido por la imputación objetiva, a saber, introducir presupuestos normativos en el nexo de causalidad; se trata de la tesis sostenida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, identificada bajo el rubro: CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO. De ésta tesis se pone de relieve, que la causalidad que se exige en el delito culposo es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal (en el caso concreto, el artículo 9º, párrafo segundo del Código Penal Federal, que establece como elemento del delito culposo, la violación de un deber de cuidado), lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Esta evidencia empírica puede llegar a ser otro de los fundamentos, en donde en un futuro se puedan aplicar abiertamente por los Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados los presupuestos de valoración en que se sustenta la imputación objetiva y poder estar en aptitud de resolver con mayor certeza jurídica asuntos en los que se vea involucrado un profesionista de la salud con motivo de un comportamiento culposo, abandonándose así, el viejo dogma de la causalidad y poder fundar sus resoluciones, no únicamente en la previsibilidad, evitabilidad, deber de cuidado, las circunstancias y condiciones personales del activo, y las reglas de la *lex artis*, sino además, en los criterios normativos que ofrece la teoría de la imputación objetiva.

QUINTA: La estandarización del comportamiento a que alude Jakobs al introducir a su sistema la figura del rol social, tiene gran utilidad para determinar cuándo nos encontramos ante la presencia de una conducta que ha sobrepasado los límites del riesgo permitido, pues no se puede ser responsable de todo, existen límites de responsabilidad penal por virtud del rol social; sin embargo, también es importante tomar en cuenta como elemento adicional de valoración, el conocimiento del autor, es decir, el aspecto subjetivo de cada sujeto en lo individual, y no únicamente restringirse a los criterios de estandarización generales que devienen del rol social como criterio de ponderación, pues es importante puntualizar que la individualidad subjetiva si tiene vital importancia en el momento de ejecutar un determinado rol, como lo es precisamente en tratándose de los médicos en la prestación de los servicios de salud, en donde derivado de su profesión, pueden incurrir en comportamientos culposos, ya sea por imprudencia, negligencia o impericia. Se sostiene lo anterior en base a que Jakobs exige para el quebrantamiento del rol, el complemento del tipo subjetivo, pues cuando habla del delito culposo, sostiene que para que el autor pueda evitar el cumplimiento de la norma, ha de poder conocer que su comportamiento no sólo tiene efectos causales, sino que ha de poder conocer que también lesiona el Derecho.

SEXTA: En relación a las acciones a propio riesgo, puede sostenerse que éste criterio sí es dable su aplicación en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, con la finalidad de resolver casos de responsabilidad penal médica, dado que existen múltiples casos en donde la propia víctima (paciente) puede incidir de manera directa en la eliminación del carácter típico de la conducta del primer sujeto (médico), al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la propia víctima. Luego, al encontrar su fundamento las acciones a propio riesgo en el principio de autorresponsabilidad, que deviene del binomio *autonomía – responsabilidad*, estimo que el fundamento de éste binomio de libertad y libre desarrollo de la personalidad se encuentra en los artículos 1º y 4º de nuestra Carta Magna, pues en el primero de los numerales se haya contenida la garantía de que todo individuo por el solo hecho de encontrarse en territorio mexicano gozará de las garantías individuales que consagra la Constitución, entre estas, la garantía de ser una persona libre; con relación al segundo

numeral, en su párrafo tercero se establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo que pone de relieve en primer lugar, el binomio *autonomía-responsabilidad*, y en segundo lugar, la garantía del libre desarrollo de la personalidad. Luego, sí que es posible para la construcción del modelo dogmático, echar mano del principio de autorresponsabilidad que sustenta la teoría de la imputación objetiva.

SÉPTIMA: Por cuanto hace al nexo de causalidad, tanto en México como en Alemania se coincide en ubicarlo sistemáticamente a nivel del tipo objetivo, de donde resulta, que para la imputación objetiva la relación de causalidad es un elemento del tipo y presupuesto de la imputación objetiva. Ambos sistemas sostienen que la acción y el resultado forman parte del tipo objetivo. En México al encontrarse ubicado sistemáticamente el nexo de causalidad en los elementos objetivos del delito, se ubica entonces en lo que ahora se entiende como cuerpo del delito, en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Los elementos normativos de valoración que son introducidos por la imputación objetiva al nexo de causalidad se encuentran ubicados entonces en el tipo objetivo; para la corriente funcionalista, el dolo y la culpa se ubican también a nivel de la tipicidad, en ese lugar se decide el comportamiento culposos; en México, los elementos subjetivos fueron desatinadamente trasladados a nivel de la culpabilidad. La autoría y participación se ubican para la imputación objetiva en el tipo objetivo; en México, se estudia su acreditación a nivel de la probable responsabilidad o plena responsabilidad, según sea el caso.

OCTAVA: Por cuanto hace a la estructura del delito culposos, en México, el Poder Judicial de la Federación sostiene la teoría de la previsibilidad de Carrara, al establecer como uno de los elementos de la culpa, la previsibilidad, consistente en un estado subjetivo en que el agente incurre por falta de previsión de lo que humanamente es previsible. De la misma forma, toma en cuenta la llamada teoría de la falta del deber de atención, así como la del deber de cuidado, pues derivado precisamente de ese estado subjetivo del sujeto, se puede obrar desatendiendo un deber de cuidado, el cual es eminentemente de

carácter normativo. Acepta también la voluntariedad del acto, es decir, que la acción u omisión desplegada por el agente sea voluntaria, lo cual no implica que se tenga la voluntad de producir el resultado dañoso, pues este es un resultado no querido. Este criterio es aceptado mayoritariamente por las diferentes posiciones dogmáticas que fueron estudiadas. De la misma forma se acepta que la acción u omisión culposa deberá estar tipificada en la ley penal para que sea considerada como delictuosa. Finalmente se acepta la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado producido. Lo anterior se corrobora perfectamente si se recurre al contenido del artículo 9º del Código Penal Federal. Es decir, la culpa en nuestro Código se identifica claramente con la teoría de la previsibilidad, pues considera a esta como elemento de la culpa consciente, y por cuanto hace a la llamada culpa inconsciente, si bien en esta no hay previsibilidad del resultado, si es exigible al agente haberlo previsto y evitado; luego, la previsibilidad si que esta considerada en nuestro derecho positivo como elemento de la culpa. Lo mismo sucede con la violación al deber de cuidado, característico de la teoría sustentada por Jescheck, pues en las dos clases de culpa, existe siempre como elemento de esta, el deber de cuidado que el sujeto tiene, para evitar que el resultado dañoso se produzca. No deja de ponderarse, que cuando el artículo 9º dice, *el que produce el resultado típico*, se esta refiriendo a que en todo delito culposo necesariamente deberá existir un resultado dañoso, y fundamentalmente que el hecho culposo se encuentre tipificado en la ley penal como delito, dado que habla de resultado típico. De lo anterior se deduce que se requiere también un nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado producido, elemento esencial para cerrar el hecho punible culposo.

NOVENA: No es lo mismo la culpa, que la imprudencia, negligencia o impericia, sin embargo, éstos términos muchas de las veces son utilizados de manera indistinta, y erróneamente como sinónimos; sin embargo, la culpa se viene a constituir como el género; la imprudencia, negligencia e impericia, como especies de la culpa; es decir, la culpa se encuentra a nivel de continente y las especies generadoras de la culpa a nivel de contenido.

DÉCIMA: El médico desempeña una función de medios y no de resultados, dado que la medicina no es una ciencia exacta que pueda garantizar esos resultados, sin embargo, ello no lo releva de responsabilidad penal cuando se adviertan infracciones al deber objetivo de cuidado. En este sentido, para resolver sobre la responsabilidad penal culposa del médico, existen dos criterios, la infracción a la *lex artis* y la infracción al deber de cuidado. Para poder determinar la infracción al deber de cuidado, es importante señalar, que si bien es cierto, en la norma positiva (artículo 9º, párrafo segundo, del Código Penal Federal) se encuentra el elemento normativo *deber de cuidado*, como elemento integrador del delito culposo, es importante señalar que el contenido jurídico de ese deber de cuidado no se encuentra precisado en la ley, sino que es el Juez, quien ha de valorar en el caso concreto si hubo o no infracción a ese deber de cuidado, de ahí que se denominen tipos abiertos los delitos culposos. Para poder estar en aptitud de determinar la infracción o no, del cuidado objetivamente debido, se acude a reglas generales aplicables a casos típicos o semejantes, esa serie de reglas o procedimientos es precisamente lo que se conoce como *lex artis*. Ello implica que el médico o cirujano que en su actuación se ha sujetado a la *lex artis* no habrá infringido el cuidado objetivamente debido. Pero hay que dejar sentado que *lex artis* y cuidado objetivamente debido, no son conceptos coincidentes y, si bien su estrecha relación permite mantener la anterior afirmación (actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido), no puede ser siempre cierta la inversa: la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Pues estas reglas del arte son aplicables, en principio, sólo a situaciones conocidas y estudiadas en la ciencia médica y no a supuestos inesperados, desconocidos o nuevos. Para estos casos habrá que tener en cuenta lo que haría un médico prudente e inteligente. Además, sin olvidar tampoco que por *lex artis* no debe entenderse necesaria y únicamente las reglas aceptadas por la generalidad en este sector profesional, pues hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento.

DÉCIMOPRIMERA: La *lex artis* médica es la suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han

sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria. Es un criterio normativo que sirve para determinar si existe o no infracción al deber objetivo de cuidado en la práctica médica, y en consecuencia, sirve para poder fincar la responsabilidad penal del médico. La *lex artis* sucede a la indicación médica, dado que se trata de la aplicación adecuada por parte del facultativo del tratamiento indicado previamente; es la adecuada técnica médica establecida por la indicación. La actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido, pero la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, en razón de que se pueden presentar situaciones, nuevas, desconocidas e inesperadas, lo que en otras palabras quiere decir, que pueden presentarse situaciones imprevisibles, inevitables o de carácter fortuito.

DÉCIMOSEGUNDA: La libertad de método rompe con la idea corrientemente aceptada de *lex artis*, ya que no hay una *lex artis* permanente e inmutable, por el contrario esta va evolucionando dado los múltiples avances de la medicina, sin dejar de ponderar que se trata de una ciencia inexacta. En virtud de la constante evolución de la ciencia médica, se ha dificultado al legislador la positivación de normas generales de cuidado médico; sin embargo, las Normas Oficiales, son de gran utilidad para establecer criterios que ayudan a determinar si hubo o no, infracción a la *lex artis*. Para determinar si hubo o no, infracción a la *lex artis*, hay que atender al caso concreto, pues el contenido de la *lex artis* es variable, según las diversas circunstancias a que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal, etcétera.

DÉCIMOTERCERA: En el delito culposo la norma penal impone al profesional de la salud deberes de cuidado. El deber de cuidado no aparece precisado por el legislador en la norma penal culposa, es al juez a quien corresponde determinar si hubo o no infracción al deber objetivo de cuidado. El deber de cuidado tiene íntima relación con el riesgo permitido, pues si se sobrepasa la frontera del riesgo permitido habrá infracción al deber de cuidado. Para poder resolver si el médico obró infringiendo el deber de cuidado, se debe atender al criterio de previsibilidad objetiva, es decir, si el médico puso en marcha su

deber de prever posibles consecuencias dañosas en la salud del paciente, que bien podían y debían ser evitadas. El deber de cuidado opera como una regla general y no como una regla particular para ponderar las capacidades individuales del sujeto, por ello se habla de deber objetivo de cuidado y no de deber subjetivo de cuidado. Éste es el criterio mayormente aceptado en el ámbito doctrinal.

DÉCIMOCUARTA: El cuidado objetivo debido se determina tomando en cuenta todos los elementos fácticos que concurren en el caso concreto, utilizando para ello un criterio intelectual y otro normativo. En esto evidentemente juega un papel importante y decisivo la capacidad del autor, en el caso concreto del profesionalista de la salud, pues éste deberá omitir la acción si no cuenta con la capacidad suficiente para llevarla a cabo y podrá serle exigida una realización correcta cuando emprenda una acción difícil si cuenta con la capacidad necesaria, obrando siempre como un hombre prudente e inteligente. El reproche individual a la norma de cuidado que se hace, consiste, en el hecho de no haber observado el cuidado a él posible en su situación concreta. Consecuentemente el doble criterio del deber de cuidado, se sustenta en un criterio intelectual, en el sentido de que todos los efectos de la acción sean previsibles para un juicio formulado genéricamente, y otro normativo, expresando con esto que sólo serán típicos aquellos comportamientos que creen un peligro superior al que la sociedad tolera.

DÉCIMOQUINTA: El consentimiento del paciente es un elemento necesario para que el Juez pueda estar en aptitud de concretizar o no, un juicio de tipicidad del comportamiento médico, pues el consentimiento es un componente de la *lex artis*. Por regla general, el consentimiento debe ser otorgado por el propio paciente antes de ser sometido a un tratamiento o intervención médico-quirúrgica; por excepción, se podrá prescindir de este; es decir, de la voluntad del paciente, en tratándose de supuestos en donde por urgencia, el médico actúa justificando su conducta por un estado de necesidad para salvaguardar los bienes jurídicos del paciente, ya sea su salud o su propia vida, pues no debe olvidarse que el médico dada su competencia y por ende, de su rol como profesionalista de la salud, tiene la calidad de garante en la

salvaguarda de esos bienes jurídicos. En tratándose de personas con incapacidad mental transitoria o permanente, es necesario que el consentimiento lo otorguen los familiares directos del paciente o sus tutores. En la relación médico-paciente debe respetarse la libertad de autodeterminación de éste último, con la finalidad de compartir con el paciente los riesgos previsibles en el acto médico, sin dejar de lado, que si bien el médico tiene el deber de recabar el consentimiento antes de iniciada la actividad curativa lo cual legitima su actuación, cierto es también, que él médico no debe ser suplido en la toma de decisiones que puedan degenerar en una infracción a la *lex artis*. La falta de consentimiento tiene incidencia para determinar que ha habido violación del deber de cuidado, en virtud de que al ser la Medicina una ciencia que no es exacta, no es posible determinar con precisión el grado de descuido, pero existe un incremento del riesgo, que la norma desvalora cuando al peligro propio de toda actuación médica se suma el hecho de que se ha practicado sin el consentimiento del paciente.

DÉCIMOSEXTA: Al ser el principio de división del trabajo una manifestación del principio de confianza, estos criterios son aplicables al trabajo en equipo, como evidentemente sucede con la actividad médico-quirúrgica, en donde es común que concurra la intervención de diferentes profesionistas y auxiliares de la salud, unos con plena autonomía en el ejercicio de su profesión y otros con una relación de subordinación; entre estos personajes se pueden citar, al médico cirujano, al anestesiólogo, a la enfermera, al químico encargado de elaborar las pruebas de laboratorio, al personal de radiología, etc.; todos en el ejercicio de su profesión al desplegar comportamientos de acción u omisión, pueden dar lugar a la configuración de un delito culposo, por incumplimiento de los deberes de cuidado a su cargo. En estas condiciones, el principio de división del trabajo, que a su vez se divide en división del trabajo horizontal y división del trabajo vertical, es de gran utilidad para determinar los deberes de cuidado que a cada miembro del equipo le corresponde asumir en razón de su competencia; además, sirve para delimitar los ámbitos de responsabilidad a título de culpa, dado que esta es eminentemente personal, en donde considero, no cabe la participación culposa, únicamente la autoría o coautoría culposa, pues en México, en nuestro Derecho penal, las reglas de la participación

criminal, no son concebibles, por lo que si dos o más personas han causado independientemente por imprudencia un mismo resultado se habrá dado un caso de autoría simultánea. En aquellos casos de trabajo en equipo, en los que concurren deberes comunes y no divididos, se dará una relación de coautoría, porque el resultado aparecerá como producto de la obra en común. En esta situación habrá acuerdo, no respecto del resultado, pero sí para la realización conjunta de una conducta culposa, por violación al deber objetivo de cuidado.

PROPUESTAS

PRIMERA: Incluir en la parte general del Código Penal Federal un criterio legal que regule para todos los delitos de resultado material el nexo de causalidad, puntualizando en primer lugar, que nadie puede ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es la consecuencia de su acción u omisión. A éste criterio general, deberán incluirse por supuesto, los criterios normativos o presupuestos de valoración sostenidos por la corriente funcionalista de la teoría de la imputación objetiva, bajo la siguiente formula genérica: un resultado solo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en un resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida. Con esto, lo que se pretende es romper con el criterio mantenido a lo largo de más de cien años por la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, posición que adopta el criterio mayoritario del Poder Judicial de la Federación, pero dada la evidencia empírica que rompe con este criterio meramente causal, y que sostiene el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al establecer que el nexo de causalidad que se exige en el delito culposo es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, y que ello implica, que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta con equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo, es viable, que en un futuro, se pueda ir rompiendo de manera gradual con la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, y en esa medida poder incluir en las resoluciones judiciales y ministeriales los principios que ofrece la teoría de la imputación objetiva para resolver con la debida certeza jurídica sobre la existencia o no, de un delito culposo y la responsabilidad o no responsabilidad penal en su comisión de los profesionistas de la salud.

SEGUNDA: Que en México los encargados de la procuración y administración de justicia, al resolver sobre la situación jurídica de un profesionista de la salud, por hechos culposos que sean constitutivos de los delitos de lesiones u

homicidio con motivo del ejercicio de su profesión, no se limiten para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, o la existencia del delito en su integridad y la plena responsabilidad penal, según sea el caso, a sustentar de manera toral su resolución, en el contenido de la prueba pericial en materia de medicina, la cual es emitida por otro médico, sino que es pertinente, que además, motiven y fundamenten su resolución, en los criterios normativos sostenidos por la teoría de la imputación objetiva, sin soslayar obviamente, la valoración de todo el material probatorio, dado que la determinación de la responsabilidad penal no es competencia del perito médico, sino de la autoridad judicial o ministerial, brindando así, por una parte, mayor seguridad jurídica a los enjuiciados profesionistas de la salud, y por la otra, no generar impunidad en esta clase de delitos, pues en tratándose de responsabilidad penal médica por la comisión de un delito culposo, los médicos son prácticamente en la actualidad juzgados por otro médico, y no por un perito en Derecho, como lo deben ser, los Jueces y Ministerios Públicos, quienes dotados de las herramientas dogmáticas que ofrece la sistemática de la imputación objetiva no verán limitada su actuación al contenido de la prueba pericial en materia de medicina. Por lo tanto, en la resolución de casos de responsabilidad penal por culpa médica, el nexo de causalidad no debe ser entendido únicamente como una relación de causa – efecto, sino que deben integrarse a esa relación criterios de carácter normativo, como los que ofrece la teoría de la imputación objetiva, obviamente sin llegar a los excesos en su aplicación, pues habría el riesgo de caer en un sistema totalitario, contrario a un Estado Social y Democrático de Derecho, como se supone es el nuestro.

TERCERA: Se propone un sistema unificador o ecléctico en la resolución de casos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y ministeriales por hechos culposos cometidos por los profesionistas de la salud con motivo del ejercicio de su profesión y que sean constitutivos de los delitos de lesiones y homicidio. Este sistema al que me refiero es unificador o ecléctico, dado que se integraría de los elementos dogmáticos que ya se sostienen en nuestro Derecho Penal, pero además se agregarían los ya propuestos por la teoría de la imputación objetiva; pero sería unificador también, porque incluiría los criterios propuestos tanto por Roxin, como por Jakobs, pues no obstante que

existen otras líneas de investigación como las de Honig, Larenz y Frisch, las posiciones adoptadas por Roxin y Jakobs, son los criterios mayormente aceptados por la ciencia jurídico-penal contemporánea.

Este modelo dogmático que es eminentemente para el delito culposo, se integraría de la siguiente forma:

En virtud de que la imputación objetiva es considerada como un elemento normativo, y el nexo de causalidad se integra de criterios de índole normativo, su fundamento legal se encontraría en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al artículo 9º párrafo segundo, del Código Penal Federal, que para nosotros es en donde se establece la estructura del cuerpo del delito, y los elementos de la estructura del delito culposo, respectivamente.

En este orden de ideas, el cuerpo del delito se integraría de la siguiente manera:

A).- CUERPO DEL DELITO:

Los elementos del cuerpo del delito, se dividirían en objetivos y subjetivos, en los primeros se contendrían los elementos objetivos propiamente dichos, así como los normativos; en los segundos, se incluirían los elementos subjetivos específicos, y subjetivos genéricos, aquí se estudiará el dolo y la culpa, en el primero, el dolo directo y el dolo eventual; en la segunda, la culpa consciente y la culpa inconsciente.

1.- En los elementos objetivos se analizaría lo siguiente:

a).- La existencia de la correspondiente acción u omisión, en donde se estudiaría la creación de un riesgo no permitido a que se refiere Roxin, y la imputación objetiva del comportamiento, a que hace alusión Jakobs; ambos se identifican con lo que se denomina desvalor de la acción.

b) El nexo de causalidad, que deberá ser entendido no como mero proceso de causa efecto, sino como criterio normativo de valoración, pues el nexo de causalidad que se debe exigir es de naturaleza normativa por derivar de la descripción legal del delito culposo, por lo que para acreditar la responsabilidad penal será necesario comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo.

El nexo de causalidad deberá estudiarse a partir de los postulados establecidos por el principio del riesgo y el principio de los roles sociales.

En el primer supuesto de imputación se estudiarán, el principio de riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo o competencia de la víctima.

c) El resultado. En este nivel se estudiará la realización del riesgo permitido y la imputación del resultado, lo que se constituye como el disvalor del resultado en el delito culposo; complementado por supuesto, con el principio del alcance del tipo o fin de protección de la norma.

También deberá acreditarse:

d).- La forma de intervención del sujeto activo (autoría y participación). Deberán tomarse en cuenta los criterios del principio de prohibición de regreso, así como el principio de confianza.

Se tomará en cuenta el contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, que establece la forma de intervención de los sujetos activos, en su variable de autoría y participación.

e).- La lesión del bien jurídico protegido, haciéndose el señalamiento de que en el delito culposo no se admite la tentativa.

f).- La calidad específica en el sujeto activo

g).- La calidad específica en el sujeto pasivo

- h).- El objeto material
- i).- Los medios utilizados
- j).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
- k).- Los elementos normativos en caso de que la descripción típica lo requiera.
- l).-Las demás circunstancias que la ley prevea (modificativas o calificativas).

2.- Elementos subjetivos:

- a).- Los elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa.
- b).- El dolo y la culpa. Se acreditará la comisión culposa del delito (culpa). Conocimientos especiales del autor.

Al respecto, el artículo 8º y 9º del Código Penal Federal, establecen:

Artículo 8º. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden ser realizadas dolosa o culposamente.”

Artículo 9º. (...)

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.

En esta tesitura, deberán acreditarse los siguientes extremos:

Culpa: (culpa con representación y culpa sin representación).

En relación a la culpa, que es la materia de nuestro estudio, de acuerdo con su conformación normativa, se estructura por una acción caracterizada por la violación a un deber de cuidado que se debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales del autor (culpa inconsciente); o bien por la violación de un deber de cuidado que se previó confiando en que no se produciría dadas las circunstancias y condiciones personales del autor (culpa consciente); un resultado típico que no se previó, no obstante ser previsible, o

bien un resultado típico que sí se previo confiando en que no se produciría y, un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar, como ya se dijo, que la causalidad que se exige en el delito culposo, por derivar de la propia descripción legal, es de naturaleza normativa; sin que se deba equiparar a un mero proceso de causa y efecto, sino denotar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado que se produjo.

En la estructura del delito culposo deberá acreditarse:

- 1.- La existencia de la acción u omisión no querida.
- 2.- Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño.
- 3.- Un factor normativo que consiste en la infracción de un deber de cuidado, y por ende de las reglas de la lex artis.
- 4.- Causación de un daño con tipicidad penal.
- 5.- La relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido. (Aquí deberán tomarse en cuenta los criterios normativos que ya se citaron anteriormente para el nexo de causalidad).

Para poder excluir la tipicidad¹ del comportamiento deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios:

A).- En relación a la creación de un riesgo no permitido:

- 1.- En caso de disminución de riesgos.
- 2.- Si falta la creación del peligro.
- 3.- Creación de peligro y cursos causales hipotéticos.

¹ Es precisamente a nivel de la tipicidad en donde deberá encontrar cabida como aspecto negativo de ésta, el llamado error de tipo vencible e invencible, pues en la actualidad el legislador lo ubicó de manera errónea en la fracción VIII, inciso a), del artículo 15 del Código Penal Federal; es decir, por una falta de técnica legislativa fue ubicado como excluyente de la culpabilidad, dado que el dolo y la culpa se encuentran actualmente en nuestra sistemática penal en ese nivel de análisis dentro de la estructura de los elementos del delito.

4.- Casos de riesgo permitido.

B).- En relación a la realización del riesgo no permitido:

1.- Si falta la realización del peligro.

2.- Por falta de realización de un peligro no permitido.

En este caso se dan tres supuestos:

a) Cuando el incremento del riesgo permitido no repercute en la concreta materialización del resultado.

b) Cuando la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción de éste, no se ha incrementado por ese aumento del riesgo permitido.

c) En algunas ocasiones el sobrepasar el riesgo permitido ciertamente no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, pero no obstante el curso del hecho era éste tan irrelevante jurídicamente (atípico) que ya no es posible contemplarlo como idóneo para la realización del riesgo prohibido.

3.- En los casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

4.- En tratándose de conductas alternativas conforme a Derecho y la Teoría del incremento del riesgo.

C).- En relación al alcance del tipo:

1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.

2.- La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.

3.- La atribución a la esfera de responsabilidad ajena.

D).- En relación a la imputación objetiva del comportamiento:

- 1.- Riesgo permitido.
- 2.- Principio de confianza.
- 3.- Prohibición de regreso.
- 4.- Acciones a propio riesgo, en donde se deberán tomar en cuenta, los siguientes presupuestos:

a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa.

b) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. (No debe ser instrumentalizado por el autor, y el peligro debe ser conocido y cognoscible).

c) El tercero no debe ostentar una calidad de garante respecto a la persona que se autopone en peligro.

B).- PROBABLE RESPONSABILIDAD:

Con relación a la probable responsabilidad, se requiere acreditar los siguientes elementos:

a).- Que no se acredite a favor del inculpado alguna causa de justificación o licitud. (Excluyentes del delito, relativas a las fracciones III, IV, V y VI, del artículo 15 del Código Penal Federal).

- 1.- Consentimiento del titular del bien jurídico.
- 2.- Legítima defensa.
- 3.- Estado de necesidad justificante.
- 4.- Cumplimiento de un deber.
- 5.- Ejercicio de un derecho.

b).- Que no se acredite a favor del inculpado alguna excluyente de culpabilidad. (Excluyentes del delito, previstas en las fracciones VII, VIII, inciso b), y IX, del artículo 15 del Código Penal Federal).

1.- Inimputabilidad.

2.- Error de prohibición (vencible e invencible).

3.- La no exigibilidad de otro comportamiento. En este nivel analítico, en el delito culposo deberá examinarse si tal comportamiento le podrá ser exigido al autor, según sus características y capacidades individuales; además se examinará, si el mandato general de cuidado y previsión hubiere podido ser cumplido por el autor individual, según su inteligencia, formación, habilidad, capacitación, experiencia, posición social, etc.

CUARTA: Las propuestas que se hacen en este trabajo, podrán aplicarse a mediano o largo plazo, mientras se pueda ir estudiando y comprendiendo cada vez mejor los postulados de la imputación objetiva, sin soslayar que será necesario implementar por parte de las instituciones encargadas de la administración y procuración de justicia, cursos de capacitación y actualización en forma permanente a los servidores públicos encargados de su aplicación, como son precisamente, Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados, apoyándose en instituciones académicas, como son universidades, institutos de investigación, o agrupaciones de profesionistas del Derecho.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ANGEL, El delito y la responsabilidad penal, teoría, jurisprudencia y práctica, México, Ed. Porrúa, 2005.

ALTAVILLA, ENRICO, La culpa. (El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sociológico), 4ª ed. Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1987.

ANTOLISEI, FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, parte general, Trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, 8ª ed., Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988.

ARISTOTELES, Metafísica, estudio introductorio, análisis de los libros y revisión del texto, por Francisco Larroyo, Colección Sepan Cuantos, núm. 120, 16ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004.

BALMES, JAIME, Filosofía elemental, lógica, ética, metafísica, historia de la filosofía, México, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos, Núm. 241, 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Manual de Derecho Penal Español, parte general, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1984.

_____ y LARRAURI, ELENA, La imputación objetiva, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1998.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 2ª ed., Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor, 2001.

_____ La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, (imputación a la víctima), Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 19, 2001.

_____ Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, México, Ed. Ángel Editor, 2001.

_____ Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios No. 2, 1998.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL, Derecho Penal Mexicano, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1972.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, vol. I, Trad. José J. Ortega Torres, Jorge Guerrero, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988.

CARRILLO FABELA, LUZ MARÍA REYNA, La responsabilidad profesional del médico, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2000.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 32 ed., México, Ed. Porrúa, 1993.

CHOY GARCÍA, SONIA ANGÉLICA, Responsabilidad en el ejercicio de la medicina, México, Ed. Zogs, Editores, S.A. de C.V., 2002.

CÓRDOBA RODA, JUAN, Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista), Barcelona, Ed. Ariel, 1963.

CUELLO CALÓN, EUGENIO, Derecho Penal, parte general, T. I, 5ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1940.

DEHESA DÁVILA, GERARDO, Etimología Jurídica, 2ª ed., México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

DIAZ ARANDA, ENRIQUE, Derecho Penal, parte general, (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), Ed, Porrúa, UNAM, 2003.

_____ y CANCIO MELIÁ, MANUEL, La imputación normativa del resultado a la conducta, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Colección Autores de Derecho Penal, 2004.

_____ Dolo (causalismo-finalismo y la reforma penal en México), 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

ESER, ALBIN, Estudios de Derecho Penal Médico, Trad. Manuel A. Abanto Vázquez, Perú, Ed. Idemsa, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNANRDO, Teoría de la imputación objetiva, estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, México, Ed. Angel Editor, 2000.

_____, Teoría de la imputación objetiva, estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, México, Ed. Ángel Editor, 2000.

_____, Resultado lesivo e imprudencia, estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado", Barcelona, España, Ed. José María Bosch Editor, 2001.

FEREIRA DELGADO, FRANCISCO, Teoría general del delito, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1988.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho Penal fundamental (introducción al Derecho Penal, evolución de la teoría del delito), T. I, 2ª ed., Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1993.

FINZI, MARCELLO, El delito preterintencional, Trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981.

FRISCH, WOLFGANG, Imputación objetiva: estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito, Trad. Ricardo Robles Planas, España, Ed. Civitas, 2000.

GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid-España, Ed. Civitas, 2001.

GARCÍA GARCÍA, RODOLFO, Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible, México, Ed. Porrúa, 2001.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, La responsabilidad penal del médico, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, ¿Qué es la imputación objetiva?, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1990.

_____ Causalidad, omisión e imprudencia, Madrid España, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVII, septiembre-diciembre, Fascículo III, MCMXCIV.

_____ Delitos cualificados por el resultado y causalidad, España, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Colección Pensamiento Jurídico, 1990.

GÓMEZ GONZÁLEZ, ORLANDO T., Participación criminal, análisis doctrinal, México, Ed. Angel Editor, 2001.

GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogota, Ed. Temis, 1956.

HAVA GARCÍA, ESTHER, La imprudencia médica, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

HEINRICH JESCHECK, HANS, Tratado de Derecho Penal, parte general, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada España, Ed. Comares, 1993.

JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, parte general (fundamentos y teoría de la imputación), Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, España, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

_____ La imputación objetiva en Derecho penal, Trad. Manuel Cancio Meliá, México, Ed. Ángel Editor, 2001.

_____ La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y “el principio de confianza”, en *Estudios de Derecho Penal*, Trad. Enrique Peñaranda Ramos, España, Ed. Civitas, 1997.

_____ La prohibición de regreso en los delitos de resultado, estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión, en *La prohibición de regreso en Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de

Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios No. 11, 1998.

_____ Observaciones sobre la imputación objetiva, en *Moderna dogmática penal, (estudios compilados)*, Trad. Yumala Fakhouri Gómez, revisada por Manuel Cancio Meliá, México, Ed. Porrúa, 2002.

_____ El concepto jurídico penal de acción, Trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 11, 1996.

_____ Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 13, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Principios de Derecho Penal, (La ley y el delito), 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1958.

_____ Teoría del delito, México, Ed. IURE Editores, Colección Textos Jurídicos, 2002.

_____ Tratado de Derecho Penal, (El delito), T. III, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951.

_____ Tratado de Derecho Penal, T. V, 1950.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, introducción al estudio de la figuras típicas, T. I, México, Ed. Porrúa, 1972.

JIMÉMEZ MARTÍNEZ, JAVIER, Introducción a la teoría general del delito, México, Ed. Ángel Editor, 2003

LISZT, FRAN VON, Tratado de Derecho Penal, T. II, Trad. Luis Jiménez de Asúa, 2ª ed., Madrid, Ed. Reus, S. A., 1927.

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Teoría del delito, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1997.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No. 5, 1996.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, GUSTAVO, Defensas en las negligencias médicas, Madrid, Ed. Dykinson, 1991.

LUZÓN DOMINGO, MANUEL, Derecho Penal del Tribunal Supremo (síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal), parte general, T. I, Barcelona, España, Ed. Hispano Europea, 1964.

MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, T. I, Trad. José J. Ortega Torres, Bogota, Colombia, Ed. Temis, 1954.

MANZANO GARCÍA, JOSÉ ROBERTO, Responsabilidad y el ejercicio de la medicina, México, Ed. Porrúa, 2002.

MARAVÉR GÓMEZ, MARIO, Riesgo permitido por legitimación histórica, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en Derecho Penal, T. II, Coordinador Montealegre Lynett, Eduardo, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, La imputación objetiva del resultado, España, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, Derecho Penal, parte general, 2ª ed., México, Ed. Trillas, 1990.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL, La responsabilidad penal del médico y del sanitario, 3ª ed., Madrid, Ed. COLEX, 1997.

MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II, Trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

MEDINA PEÑALOZA, SERGIO J., Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva, 2ª ed., México, Ed. Ángel Editor, 2003.

MEZGER, EDMUNDO, Derecho Penal, parte general, Trad. Ricardo C. Núñez, 2ª ed., México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.

_____ Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal, Trad. Muñoz Conde, Francisco, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000.

_____ Tratado de Derecho Penal, T. I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Teoría general del delito, 2ª ed., Colombia, Ed. Temis, 2001.

NOVOA MONREAL, EDUARDO, Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediciones Depalma, 1984.

ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista, 12ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002.

PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998.

_____ La causalidad en el delito, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993.

_____ Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 1985.

PERIS REIRA, JAIME M., La preterintencionalidad, planteamiento, desarrollo y estado actual. (tendencias restrictivas a favor de la penetración en el elemento subjetivo), Valencia, España, Ed. Tirat Loblanch, 1994.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, Teoría del delito, México, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, T. I, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1978.

_____ Programa de Derecho Penal, parte general, 3ª ed., México, Ed. Trillas, 1990.

PUPPE, INGEBORG, La imputación del resultado en Derecho Penal, Trad. Percy García Cavero, Perú, Ed. ARA Editores, 2003.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, Derecho Penal de la culpa, (imprudencia), Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., Responsabilidad del médico, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.

REINHARD, FRANK, Estructura del concepto de culpabilidad, Trad. Sebastián Soler, Santiago de Chile, Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

REYES ALVARADO, YESID, Imputación objetiva, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1996.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Culpabilidad, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1997.

REYNOSO DÁVILA, ROBERTO, Teoría general del delito, México, Ed. Porrúa, 1995.

RIVAS BELANDRIA, JOSÉ JUAN, La relación de causalidad en la calificación del delito, Venezuela, Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1959.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, TERESA, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid, Ed. Gráficas Arias Montano, 1994.

ROMÁN QUIROZ, VERÓNICA, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, México, Ed. Porrúa, 2000.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, El Médico ante el Derecho, (La responsabilidad penal y civil del médico), Madrid, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, 1985.

_____ El Médico y el Derecho Penal, T. I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Barcelona, Ed. Bosch, 1981.

ROMERO FLORES BEATRIZ, La imputación objetiva en los delitos imprudentes, Revista Anales de Derecho, No. 19, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, España, 2001.

ROXIN, CLAUS, Derecho Penal, parte general, fundamentos. (La estructura de la teoría del delito), T. I, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., España, Ed. Civitas, 2001.

_____ Política criminal y sistema de derecho penal, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª. Ed., Argentina, Ed. Hammaurabi, 2000.

_____ Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal, en Problemas básicos del derecho penal, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Reus, S. A., 1976.

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, Causalidad e imputación objetiva, Trad. Claudia, López Díaz, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios No. 13, 1998.

RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Barcelona, Ed. J.M. Bosch Editor, 2001.

SANCINETTI, MARCELO A., Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal, Argentina, Ed., AD-HOC, 1997.

SCHÜNEMANN, BERND, El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, Trad. Jesús María Silva Sánchez, España, Ed. Tecnos, 1984.

_____ La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal, Coordinador Moisés Moreno Hernández, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Ed. Jus Poenale, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Medicinas alternativas e imprudencia médica, España, Ed. Bosch, 1999.

STRUENSEE, EBERHARD, Acercas de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo, en *La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XX, II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Coordinador Moisés Moreno Hernández, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 1999.

_____ Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión, Trad. Patricia S. Ziffer, Cuadernos de Conferencias y Artículos, No. 10, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____ Atribución objetiva y delito imprudente, en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, (II Congreso Internacional de Derecho Penal)*, Ed. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C., IUS PEONALE, México, 2001.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, El delito culposo en la praxis médica, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

TRUJILLO CAMPOS, JESÚS GONZALO, La relación material de causalidad en el delito, México, Ed. Porrúa, 1976.

VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO, Prueba de la culpa médica, 2ª ed., Argentina, Ed. Hammurabi, 1993.

VERGARA TEJADA, JOSÉ MOISÉS, Manual de Derecho Penal, parte general, México, Ed. Ángel Editor, 2002.

VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, parte general, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1960.

WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, parte general, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., Santiago de Chile, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1993.

_____ El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Trad. José Cerezo Mir, Barcelona, España, Ed. Ediciones Ariel, 1964.

WESSELS, JOHANNES, Derecho Penal, parte general, Trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Argentina, Ed. Ediciones Depalma, 1980.

ZIELINSKI, DIETHART, Dolo e imprudencia, comentarios a los artículos 15 y 16 del Código Penal alemán, Trad. Marcelo A. Sancinetti, Argentina, Ed. Hammurabi, 2003.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, Ed. Espasa, 1992.

Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2001.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Diario Oficial de la Federación de 3 de junio de 1996.

Diario Oficial de la Federación de 12 de septiembre de 1996.

DAZA GÓMEZ, CARLOS, El funcionalismo hoy, Ed. Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, México, T. XLIX, septiembre-diciembre, núms. 227-228, 1999.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, RAÚL, El delito imprudente en la actividad curativa, en Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año, LXIV, No. 2, México, Mayo-Agosto, Ed. Porrúa, 1998.

_____ El tipo de autor y el tipo de participación, Revista Criminalia, Año LXV, No. 3, septiembre-diciembre, México 1999.

Las garantías de igualdad, Ed. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Colección Garantías Individuales., No. 3, México, 2003.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana, Revista Criminalia, Año LVIII, Septiembre-Diciembre, Número 3, Ed. Porrúa, México, 1992.

_____ Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano, en *Criminalia*, Año LXIV, No. 3, septiembre-diciembre, Ed. Porrúa, México, 1998.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

Reglamento de Servicios de Salud del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Reglamento de Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Código Penal del Estado de Querétaro

OTROS DOCUMENTOS

Resolución dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, emitida en sesión del 22 de marzo de 2002, dentro del juicio de Amparo Directo 607/2002, que dio origen a la tesis identificada bajo el rubro: CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO.

Contradicción de tesis 3/98. entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 03 de marzo de 1999, y que dio origen a la Tesis de jurisprudencia 30/99, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, y que se identifica bajo el rubro: ACUMULACIÓN DE PENAS EN LOS DELITOS CAUSADOS POR IMPRUDENCIA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 60 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO CUMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, REFORMADO.

INTERNET

Página de la Secretaría de Salud, www.ssa.gob.mx

JARAMILLO ECHEVERRI, LUIS GUILLERMO y AGUIRRE GARCÍA, JUAN CARLOS, La controversia Kuhn . Popper en torno al progreso científico y sus posibles aportes a la enseñanza de las ciencias, Cinta de Moebio, No. 20, septiembre 2004, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, <http://www.moebio.uchile.cl/20/frames05.htm>

DISCO COMPACTO CD-RUM

IUS-2005, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación.