

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

La Clasificación Jurídica

Único sistema para plantear

la Teoría del Caso

Tesis para obtener el título de

Licenciado en Derecho

Presenta:

Arturo Farelas Pacheco

Asesor: doctor Carlos Ernesto Barragán Salvatierra

Ciudad de México, abril de 2018



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.

AGRADECIMIENTOS

Genoveva Pacheco Pacheco y Arturo Farela Gutiérrez, papás, les amo profundamente. Dámaris, Febe, Josué y Abraham, queridos hermanos, amigos entrañables, unidos como siempre.

Gozo de amistades, entre ellas la de Rubén Quintino, dogmático que disloca efusivamente el Derecho penal. Al resto de mis amigos, que a la distancia recuerdo con añoranza.

Maestro Carlos Ernesto Barragán Salvatierra, gracias por la confianza y el apoyo en la dirección de esta tesis. Karla Vázquez y Arturo Cossio, les agradezco sus observaciones y reconozco su notable calidad humana.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y su Facultad de Derecho en Ciudad Universitaria, le tengo especial estimación; a sus jardines y pasillos que todavía acostumbro por sus aires de libertad y sapiencia que se inhalan.

Gracias.

La Clasificación Jurídica
Único sistema para plantear
la Teoría del Caso

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....I

CAPÍTULO PRIMERO

LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA VS TEORÍA DEL CASO

1.1 Origen de la Clasificación Jurídica.....1
1.2 Teoría del caso vs Clasificación Jurídica..... 3
1.3 Recovecos de la Clasificación jurídica... ..5

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS GRADOS DE EJECUCIÓN EN EL TIPO PENAL

2.1 Ubicación sistemática de los grados de ejecución.....14
2.2 Grados de ejecución.....19
 2.2.1 Consumado instantáneamente.....23
 2.2.2 Consumación permanente.....24
 2.2.3 Consumación continuada.....31
 2.2.4 Tentativa acabada.....34
 2.2.5 Tentativa inacabada.....37

2.2.6 Tentativa acabada eficazmente desistida.....	39
2.2.7 Tentativa acabada ineficazmente desistida.....	41
2.2.8 Tentativa inacabada eficazmente desistida.....	44
2.2.9 Tentativa inacabada ineficazmente desistida.....	46

CAPÍTULO TERCERO

LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL TIPO PENAL

3.1 Formas de autoría.....	48
3.1.1 Autoría directa.....	51
3.1.2 Coautoría.....	53
3.1.3 Autoría mediata	56
3.2 Formas de participación.....	58
3.2.1 Inducción.....	60
3.2.2 Complicidad.....	62
3.2.3 Encubrimiento.....	63

CAPÍTULO CUARTO

LA NATURALEZA DE LA CONDUCTA TÍPICA

4.1 Naturaleza dolosa.....	67
4.1.1 Acción dolosa.....	69
4.1.2 Comisión por omisión dolosa.....	71
4.1.3 Omisión simple dolosa.....	73
4.1.4 Acción libre en su causa dolosa.....	75

4.1.5 Omisión dolosa.....	78
4.2 Naturaleza culposa.....	79
4.2.1 Acción culposa.....	81
4.2.2 Comisión por omisión culposa.....	82
4.2.3 Omisión simple culposa.....	85

CAPÍTULO QUINTO

CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO

5.1 Concurso ideal.....	90
5.2 Concurso real.....	93

CAPÍTULO SEXTO

CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN MÉRITO O CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

6.1 Clasificación, ¿en mérito típico?.....	98
6.2 Clasificación en mérito justificante.....	103
6.2.1 En defensa legítima personal o de tercero.....	105
6.2.2 Bajo el estado de necesidad justificante.....	107
6.2.3 Bajo el cumplimiento de un deber.....	110
6.2.4 Bajo el ejercicio de un derecho.....	113
6.2.5 Bajo el consentimiento presunto.....	115
6.3 Clasificación en mérito exculpante.....	117
6.3.1 Bajo un estado de necesidad disculpante.....	120

6.3.2 Bajo un estado de inimputabilidad.....	122
6.3.3 Bajo un error de prohibición invencible.....	125
6.3.4 Bajo la no exigibilidad de otra conducta.....	127
6.4 Clasificación en mérito atenuante.....	129
6.4.1 Bajo un exceso intensivo o extensivo de causas de justificación (la defensa legítima personal o de tercero, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho).....	131
6.4.2 Bajo un error de prohibición vencible.....	134
6.4.3 Bajo un estado de imputabilidad disminuida.....	137
CONCLUSIONES	139
PROPUESTA	142

ANEXO

MODELO PARA PLANTEAR LA CLASIFICAR JURÍDICA, CALCULAR LOS MÁRGENES DE PUNIBILIDAD, Y BENEFICIARSE DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN LA EJECUCIÓN

A. Planteamiento de los hechos del caso.....	146
B. La Clasificación Jurídica.....	147
C. Fundamento de la Clasificación Jurídica.....	149
D. Procedimiento abreviado.....	152
E. Ejecución de sentencia. Libertad condicional.....	153
F. Conclusión. La amenaza es muy superior a la prisión cumplida.....	153
BIBLIOGRAFÍA	154

INTRODUCCIÓN

“*Sapere aude*”

I. Kant, ¿Qué es la Ilustración?

Cuerpo del delito, ya ni para qué acordarse. Jakobs señaló que, “Llamar tipo a un suceso típico (supuesto de hecho), o sea, aludir al lado concreto del *corpus delicti*, es hoy desusado en Derecho penal”.¹ En el 2008 se derogó aquella figura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para dar lugar a un periodo de penumbra inicial, sí, la que duró seis años hasta que la luz refulgente de la Clasificación Jurídica hizo su aparición en 2014, en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la reforma constitucional de 2008 hubo intenciones de reducir el garantismo, porque a pesar de que se afirmaba en otros rubros durante el sexenio calderonista que había avances en derechos humanos, victimodogmática y protección a grupos vulnerables, la realidad es que en materia penal estuvimos cerca de encontrarnos con uno de los retrocesos más pronunciados de la historia jurídico penal mexicana.

Esto es así, porque como ya todos bien sabemos, con la eliminación del Cuerpo del Delito, más que intentar prescindir de esa figura con propósitos vanguardistas, en realidad se buscó preponderantemente reducir el estándar garantista del reo por motivos de política criminal, de manera que para imputar un hecho a una persona, ya no era necesario colmar lo objetivo y subjetivo del tipo, sino que bastaba demostrar algunos *datos* que hicieran posible acreditar la probable intervención del acusado, de modo que ya no era necesario demostrar la

¹ Günther, Jakobs, *Tratado de Derecho penal, parte general*, 2ª. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 191.

existencia de todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo. Así se interpretaba y formulaba una imputación.

De esta manera y con este ánimo con el que se implementó el nuevo sistema de justicia penal en varios estados que corrieron para ser los primeros en implementar la reforma penal, afanados sus juristas por ser “punta de lanza” en la implementación de los novedosos juicios orales de corte acusatorio –aquí entre nos, les viene bien el término, porque solo acusaban ignorando los susurros de la Dogmática.

Fue 2014 el año en el que, en el mes de marzo, llegó para quedarse la Clasificación Jurídica. Inicialmente pensé que solo se trataba de una manera de catalogar como un stickers en una caja que se envía por paquetería, esto es, como una forma de identificar genéricamente en la carpeta de investigación o el expediente el tipo de asunto que se trata, solo para que si se pierde en el camino, sepan identificarla. Pero no, la Clasificación Jurídica –es sustantivo gramatical- es un instrumento dogmático y por tanto eminentemente del Derecho sustantivo, con brazos más expansivos a los que devienen de los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, e incluso tiene sobradamente más alcances que aquella lejana figura de usábamos antes para consignar: Elementos del tipo y probable responsabilidad.

Entonces no se trata solo del rotulón que se fija en la portada de una carpeta o expediente, o en el rubro de cualquier escrito luego de la frase “Delito:”, como lo acostumbrábamos en el pasado, el cual, por cierto, se limitaba a escribirse por ejemplo: Homicidio calificado, Violación tumultuaria, Robo de vehículo agravado, Corrupción de personas menores de edad, etcétera. Ahora, aunque también debe estar inscrita la clasificación en esas mismas portadas de cartoncillo pálido o en el rubro de cada escrito o amparo, el Código Nacional de Procedimientos Penales exige precisión, consecución y sistematización cada vez que se invoque la Clasificación Jurídica. Es en el quinto párrafo del artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales donde se precisan los elementos que constituyen la Clasificación Jurídica; en ese artículo es en el contexto del

primer apersonamiento del Ministerio Público ante el Juez de Control, y en subsecuentes articulados se menciona la clasificación pero ya para las respectivas fases procesales.

La Clasificación Jurídica, entonces, desde las reglas del lenguaje, no es un adjetivo como yo mismo lo pensé en un inicio, tampoco es un nombre común, es un sustantivo y nombre propio.

Y voy a anticipar una conclusión: A diferencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, o en su caso, el estudio de los elementos del tipo, pues bien, resulta que la Clasificación Jurídica debe ser usada desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de los hechos, luego ante el Juez de Control, posteriormente en el juicio proseguido ante el Tribunal de Enjuiciamiento, en las Salas penales, ante el Juez de amparo indirecto o el Tribunal que conoce del directo y en revisión al amparo, pero también, asombrados lectores, la Clasificación Jurídica es necesaria en la ejecución de sanciones penales. No importa si es abreviado u ordinario el juicio elegido.

Lo mismo acontece en los procedimientos para adolescentes y las Fuerzas Armadas, en todo el país, en todas las competencias locales y la federal, opera la casi omnipresente Clasificación Jurídica.

¿Saben? El Principio de Unidad Jurídica, ese que absorbe todo acto humano regulado en otras áreas del Derecho y las subordina al Penal, el cual dispone que si un hecho está justificado o exculpado en el Derecho penal, lo estará también para cualquier otra área del Derecho, pues ahora debemos parafrasear esa definición para decir que, si en la Clasificación Jurídica existe una imputación en mérito justificante o exculpante, lo estará también para cualquier otra área del Derecho.

¿Pues qué elementos son esos que tanto alargan y ensanchan a la Clasificación Jurídica establecida en el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales? Son los suficientes:

1. Tipo penal que se atribuye
2. Grado de ejecución
 - (En su caso, conducta en mérito atípica, justificante o exculpante)
3. Forma de intervención
4. Naturaleza dolosa o culposa de la conducta
5. Clase de concurso

Por evidente sintaxis y estética, si existe una clasificación en mérito justificante o exculpante, deberá agregarse la expresión entre el punto 2 y el 3: En defensa legítima, en cumplimiento de un deber, bajo un error de prohibición vencible, etcétera, aunque estos elementos de la justificación y exculpación bien podrían por sistemática ubicarse después de la naturaleza de la conducta (4), para dejar incólume en la mayor medida posible la tipicidad.

Entonces una clasificación puede quedar de la siguiente manera:

“(1) Homicidio calificado (2) consumado instantáneamente, (3) donde intervino el autor directo (4) en forma de acción dolosa”

Y si existe concurso:

“(1) Homicidio calificado (2) consumado instantáneamente, (3) donde intervino el autor directo (4) en forma de acción dolosa,

(5) en concurso ideal con

(1) Robo a transeúnte, (2) consumado instantáneamente, (3) donde intervino el autor directo (4) en forma de acción dolosa”

O, en todo caso puede existir una Clasificación Jurídica en mérito:

“(1) Homicidio (2) consumado instantáneamente, (*) en defensa legítima propia y de tercero, (3) donde intervino el autor directo (4) en forma de acción dolosa”.

Como les dije, la sintaxis gramatical y estética literaria nos permite ubicar los motivos de mérito (causas de justificación o exculpación) entre los elementos 2 y 3 de la Clasificación Jurídica.

Es importante hacer énfasis, énfasis en un momento en el cual se nos ha intentado ofrecer como única manera de plantear un asunto, la Teoría del Caso, y es cierto que no se contrapone con la Clasificación Jurídica, pero la verdadera manera, en realidad la única, la dogmática, y por tanto, la asertiva, no es la Teoría del caso, sino la Clasificación Jurídica.

Comprendo que digan que no son lo mismo, y es muy evidente, y también dirán que tampoco sirven para lo mismo, y también estaremos de acuerdo, pero ya es hora de decir que la verdadera manera de plantear un asunto, analizarlo y encontrar su solución es nada más y nada menos que a través de una figura jurídico-penal nacida en nuestro país, que no la adoptamos ni del Derecho anglosajón, chileno, ni de ningún sistema jurídico ya sea del sistema inquisitorio, o del adversarial acusatorio, no, no está la Clasificación Jurídica en ningún otro país del mundo, solo en México.

La Clasificación Jurídica, he escuchado con sanas intenciones, es una figura colindante o figura frontera entre el Derecho procesal y el Derecho penal. Comprendo la buena intención de varios que así la quieren ver, y en ocasiones creo que esa postura o defensa tiene apoyo en sentimientos encontrados, esto porque fue un dogmático de cepa, un penalista impoluto, Rubén Quintino, impoluto de pretensiones procesales puritanas, pero que, ¡al fin Derecho penal!, y por ese solo hecho, interactúa y trasciende en el Derecho adjetivo.

Lo dije antes, la Clasificación Jurídica no es simplemente una forma de catalogar un folder, carpeta o expediente con una leyenda o pegote, tampoco es una eminente figura procesal, no, de ninguna manera, es una creación tan autónoma del Derecho procesal y la mejor forma de demostrar que no es frontera ni limítrofe y menos mixta entre el Derecho penal y el procesal, es que la Clasificación Jurídica bien pudo operar en el viejo sistema acusatorio y no

estorbar, relevando sin problemas a la otrora figura cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La evidencia, entonces, de que estamos en presencia de una figura sustantiva, es que sin restricciones está en condiciones de exportación e implementarse en sistemas inquisitorios o acusatorio-adversariales de la familia romano-germana en cualquier latitud y longitud del globo terráqueo.

Por eso lo valioso al momento de conocer un asunto, no es pensar en teoría del caso, sino en su clasificación jurídica, porque es ella la que estará contigo desde que se consuma el hecho, hasta que se ejecuta la sanción penal, todo ese largo camino.

Por último, es este momento en el cual pareciese que se le concede la razón a algunos penalistas y otros tantos procesalistas celosos de que una figura dogmática como la Clasificación Jurídica haya encontrado la vida en el Código Nacional de Procedimientos Penales, y no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en alguno de los códigos penales como suele ser natural para una figura sustantiva. Recuerdo haber presenciado incluso algunas discusiones de esos acalorados juristas que finalmente cedieron ante la certeza jurídico penal que en lo sustantivo aporta el CNPP, teniendo como figura novedosa y punta de lanza a nada menos que la Clasificación Jurídica.

Rubén Quintino Zepeda, primero usó la expresión “El Título de Imputación” –al menos recuerdo desde 2010- para luego decantarse por Clasificación Jurídica, como finalmente quedó registrado para la posteridad. La denominación Clasificación Jurídica apareció en 2014 en el CNPP, aunque en anteriores códigos procesales penales estatales como el de Chihuahua en 2009, solo hablaban de clasificación, o en su caso, clasificación legal, pero en ninguno de ellos precisó el contenido o con qué elementos estaba construida esa clasificación.

En 2014, cuando el entonces señor procurador de la República Murillo Karam pidió a Rubén Quintino que revisara el proyecto del CNPP e incluyera lo

que considerara *faltante* para el nuevo sistema, osó, y por tanto, incorporó aspectos descaradamente sustantivos en el Código Nacional, y el más conspicuo de todos es la Clasificación Jurídica.

Entonces, este documento habrá de centrarse en la Clasificación Jurídica, y por tanto, somete a análisis la estructura sistemática que su autor propone, elemento por elemento. No debe parecer extraño, como podrá entenderse, que se recurra con frecuencia a la figura de su creador, la que pondremos en el banquillo, no de los acusados, sino del foro de diálogo.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA VS TEORÍA DEL CASO

1.1 Origen de la Clasificación Jurídica

Aunque la denominación de esta figura jurídica la decidió su autor en un momento –deduzco- apocado, pues lo prefirió antes que ponerle el que había elegido años atrás en el fondo de sus entrañas: el Título de Imputación.¹

Resulta interesante cómo la Clasificación Jurídica regulada en el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, vino a fortalecer un elemento del delito muy abandonado en su conjunto, o del que se creía, no había más que aportar: la Tipicidad.²

Es cierto que con la Clasificación no se descubrieron nuevos elementos de la tipicidad, pero sí acontecieron principalmente dos cosas: primero, me parece que el creador de esta figura jurídica propone una nueva estructura o modelo sistemático para analizar la Tipicidad; y segundo, como un manotazo sobre la mesa, se despejaron las dudas o, al menos, las ambivalencias: los grados de ejecución, las formas de intervención y el concurso, irrefutablemente son elementos del tipo.

Ahora sabemos que es irresponsable retomar conceptos como cuerpo del delito y probable responsabilidad para formular una imputación, pues ya quedaron atrás, derogados y recordados solo para las hojas de la historia. Solo tenemos un

¹ Si se tuviera que hablar de Rubén Quintino en la posteridad, se tiene que hablar de su bis obligado, la Clasificación Jurídica. Sí, fue él el que construyó y le puso nombre a esta novedosa figura para incluirla en nuestro Derecho penal mexicano.

² El maestro doctor Rafael Márquez Piñero, sostuvo: “La sustancia (situada en el mismísimo centro del derecho penal), según mi concepción personal, se encuentra integrada por dos elementos: de un lado, la norma penal, y del otro, el tipo. Alrededor de ambos conceptos debe construirse el derecho penal de nuestro tiempo histórico” (Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo*, 2ª. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 149).

camino, solo existe un instrumento para plantear una teoría del caso, se llama la Clasificación Jurídica.

No nos toca copiar la teoría del caso chilena, colombiana, peruana ni la de Estados Unidos de América, no y todas las veces que quieran no, porque esas legislaciones no tienen a la Clasificación Jurídica como sí la tiene México como requisito de procedibilidad exigente desde la etapa de investigación y hasta la ejecución de sentencia, sea en el fuero común, militar o en la justicia para adolescentes, esto es, la Clasificación Jurídica permeó con impregnación omnipresente en todos los fueros e instancias jurídico penales en México.

Ahora bien, quiero dejar claro, respetando las reglas de la lingüística, escribo Clasificación Jurídica como sustantivo y especialmente porque es ya un nombre propio, esto es, nos encontramos en presencia de una figura jurídica que se personifica como una institución que vino para quedarse hasta una posterior y superior figura, como lo hizo con las anteriores que ya dejó en el camino. O, al menos, cuando llegue una mejor, quedará firmada la paternidad en los registros de la historia.

¿Qué otros nombres propios sustantivos tenemos en nuestra ciencia?: Derecho -por supuesto-, Imputación Objetiva, Injusto penal, Funcionalismo, etcétera, y ahora también agreguemos la Clasificación Jurídica.

Todavía no sabemos si será recordada como su Do5 de pecho. Son voces que circulan en los pasillos de los penalistas mexicanos, donde sin duda su intervención en reformas penales en más de veinticinco estados han dejado como nunca antes su marca, la cual es ya necesario meterla al horno del análisis y la crítica.³

³ Por cierto, solo encontré un antecedente en el uso de la expresión *Clasificación Jurídica*, y fue usada en una tesis jurisprudenciales de 1927, pero con diferente conceptualización, esto es, características y contenido diversos como puede verse en la siguiente tesis aislada pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis s/n, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. XXVII, octubre de 1929, p. 831, bajo es siguiente rubro y texto: CLASIFICACION DEL DELITO. La clasificación jurídica de los hechos delictuosos en el auto de formal prisión, no establece la base forzosa e indispensable del procedimiento penal, esta base queda constituida con la especificación del hecho, la expresión del lugar, tiempo y circunstancias que mediaron en la ejecución y que deben ser bien conocidas por el acusado, inmediatamente que se le prive formalmente de la libertad, para ponerlo en condiciones de que se defienda. La

1.2 Teoría del caso vs Clasificación Jurídica

No discurriremos sobre los debates que dicen ser profundos de qué es una teoría del caso, o las expresiones que sobre el particular se usan para describirla o explicarla, incluso, hasta para diferenciarla, como las frasecitas *método de caso*, *técnica* o *estrategia de litigio*. Sé que algunos utilizan la expresión litigio estratégico para referirse a casos relevantes, pero qué juicio no debe llevar obligatoriamente la exigencia de una estrategia; lo que sí podemos decir es que una teoría del caso es implementar un sistema, una táctica para plantear un asunto y de esa manera obtener un propósito, primero, narrando hechos, luego proponer pruebas, y finalmente, planteando la clasificación jurídica y su fundamento legal. Con esto, creo, nadie estamos contra.

No está peleado ni se contrapone una teoría del caso y la Clasificación Jurídica. Incluso, cualquiera que sea la teoría del caso, es indispensable que ella esté sustentada en una clasificación jurídica, y es ésta la que va a definir y le va a dar sentido a la estrategia o teoría del caso. Por ello, creo que bien podría ser invertida la manera de plantear el caso, primero la clasificación jurídica, luego los hechos y finalmente las pruebas. Toda teoría del caso cae si no está definida su clasificación jurídica; y por el contrario, puede estar presente la mejor teoría del caso con un inmejorable alegato de apertura o clausura –hablando en términos retóricos o de oratoria-, pero si no se corresponde y no se sujeta a la Clasificación Jurídica y las reglas que impone, entonces esa teoría cae y decae.

Pues bien, la Clasificación Jurídica rige a toda teoría del caso, la crea, la robustece, la conduce y luego la suelta llegada la sentencia lograda, para quedar la clasificación viva todavía en el momento de la individualización de la pena, e incluso, en la ejecución, puesto que dependiendo de la clasificación

Constitución, al mencionar en su artículo 19, la palabra "delito", quiso asignarle la connotación y denotación de "hecho delictuoso", pues de atribuírsele otra ideología, se caería en el absurdo de que absuelto un procesado por determinado delito, considerado como espécimen de clasificación jurídica, pudieran seguirse en su contra, indefinidamente, una serie de nuevos procesos por diversas clasificaciones jurídicas; pero si el tribunal cambia el cargo que el Ministerio Público haya formulado contra el reo, invade las facultades de aquél, y ejercita funciones que son exclusivas del representante social, y con ello viola las garantías de los artículos 14 y 16 constitucionales, porque se priva al reo de esas garantías, por virtud de una sentencia pronunciada en un juicio criminal en el que no se observan las formalidades esenciales del procedimiento, entre las que figura de modo prominente el derecho de defensa, ya que no puede aquél conocer a tiempo las circunstancias y modalidades del delito que se le imputa.

correspondiente, tendrá o no beneficios al momento de compurgar alguna condena.

Mientras la teoría del caso se enfoca tradicionalmente en plantear los hechos y las pruebas, la Clasificación Jurídica fundamentada se encarga de fijar verdaderamente la estrategia, darle coherencia y sentido a ese planteamiento.

Por ello, el camino correcto, el único que propone el Código Nacional de Procedimientos Penales es que, cuando llega a nuestras manos un asunto lo primero que debemos analizar es su clasificación jurídica, analizar qué tipo penal le corresponde –simple o agravado-, si se consumó, tentó o desistió, si actuó como autor o partícipe, si fue de acción u omisión, y si fue doloso o culposo, además, en su caso, si se presenta algún concurso real o ideal.

Es esta la manera como se debe plantear un caso, la única que está regulada y vigente en nuestro Derecho positivo mexicano, y a partir de ella, diseñar la estrategia procesal y el argumento para defenderla.

Ahora, debo decir que mientras a mi parecer la Clasificación Jurídica se convierte en una figura eminentemente sustantiva, sé que la teoría del caso trata de abrirse camino en el Derecho procesal, pero tengo mis dudas, puesto que no es una figura del Derecho procesal vigente, no está regulada, y no forma parte del proceso como figura vigente, por tanto, considero que por más esfuerzos que haya para implantarla como método de plantear un caso, no es legal, no es derecho vigente, no es un requisito de procedibilidad para imputar, simplemente es una expresión de la cultura jurídica adversarial que puede pasar por desapercibida sin efectos legales. Si la expresión teoría del caso no aparece en nuestra legislación vigente, y la jurisprudencia la menciona solo para referirse a la versión de la defensa o argumento de la imputación, entonces bien podemos sustituir la frase por, planteamiento del problema.

Puede desahogarse un juicio por completo sin proferir la expresión teoría del caso, sin que se mencione una sola ocasión durante todo el proceso, como ya

acontece en tribunales, pero es imposible que se formule una imputación, se realice una investigación complementaria, se abra un juicio, se dicte sentencia, se recurra la definitiva y se llegue al juicio de garantías y la correspondiente ejecución sin que se parta de los elementos de la Clasificación Jurídica.

La teoría del caso o más bien, su utilidad, bien pudo ser un instrumento en el viejo sistema mixto, no habría problema; e incluso pueden utilizarse las herramientas de la teoría del caso en otro tipo de juicios en diferentes áreas del Derecho, no lo niego, pues tal herramienta solo busca presentar una estrategia para plantear un asunto.

Y la Clasificación Jurídica, lo creo a pie de puntillas, menos tiene ataduras a uno u otro sistema procesal –una de las razones por las que no creo que se trate de una figura limítrofe entre los Derechos sustantivo y adjetivo-. Así como se desempeña en el sistema acusatorio adversarial, bien pudo hacerlo en el mixto o inquisitivo. Por ello creo que, no tardará mucho tiempo para ser materia de exportación a otras naciones cuyo proceso presenta en ocasiones variables.

Mientras para el planteamiento de una teoría del caso solo se requiere del uso de metodología cronológica de hechos y pruebas, para la clasificación jurídica se requiere de un acervo dogmático penal robustecido en cada una de sus partes y figuras, un conocimiento de todas las reglas del sistema sustantivo para que con ello se domine el proceso a contentillo.

1.3 Recovecos de la Clasificación Jurídica

He sabido de algunas críticas a la Clasificación Jurídica, por una parte, con justa causa, por haber encontrado la vida en un instrumento eminentemente procesal como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales, esto, como se dijo antes, porque está construido con elementos sustantivos en cada una de sus partes, sea tipo, grados de ejecución, formas de intervención, naturaleza de la

conducta y concurso, además de las causas de justificación y exculpación que también están localizadas en la misma clasificación.

Tampoco es la primera vez que una figura sustantiva está regulada en un código adjetivo, es obvio por la interacción que existe entre lo procesal y el Derecho penal, como el cuerpo del delito, la acumulación en casos de concurso, etcétera.

Entonces, la primera crítica y la más conocida radica en este argumento, en un celo entre procesalistas y sustantivistas, o viceversa, pero más allá de confesar que mejor habría sido que la figura jurídica por excelencia que ha sobrepasado los alcances, dimensiones, profundidad, competencia e instancias, a otras como elementos del tipo o el posterior cuerpo del delito -me refiero a la Clasificación Jurídica-, hubiera nacido en la Constitución para que fuera necesariamente regulado en los correspondientes códigos penales federal y estatales, o qué mejor, en el Código Penal Nacional que para fortuna de todos, está en las manos del mismo que creó la Clasificación Jurídica.

La otra crítica versa sobre la sistematización en su estructura. Me explico: por supuesto que debemos estar de acuerdo en la prelación lógica que existe en el delito, primero tipo, luego antijuridicidad y finalmente culpabilidad,⁴ y sabemos que gracias a esa estructura sistemática como si fuera un edificio de tres niveles, donde el primero es el tipo, el segundo la antijuridicidad y en el tercer nivel la culpabilidad. Los tres niveles en su conjunto y en ese orden son la manera de describir al delito.

Por eso, con esa metáfora podemos llegar a la conclusión de que un edificio puede tener de uno a tres niveles, pero siempre debe existir el primero, y si no hay segundo nivel, tampoco puede existir el tercero, esto es, no hay una conducta típica culpable si no antes se constituye su antijuridicidad.

⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 6ª. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 202.

Por su parte, la Clasificación Jurídica no está construida acorde al modelo tradicional de delito, sin embargo, desde ahora lo digo, todos los elementos de la Clasificación Jurídica básica –tipo penal que se atribuye, grado de ejecución, forma de intervención y naturaleza dolosa o culposa de la conducta- son elementos del tipo, aunque las formas complementarias, esto es, cuando la clasificación contienen una conducta en mérito justificante o exculpante insertada al centro de la clasificación –por ejemplo, Homicidio simple consumado instantáneamente en defensa legítima, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa-, en tales casos, vemos cómo una causa de justificación o exculpación está inserta al centro de la redacción, pero, creo, responde a dos cosas, la primera, a que por sistemática, luego de la consumación, debe explicarse si fue realizada bajo una causa de justificación o exculpación, y ya posteriormente agregar la forma de intervención y la naturaleza de la conducta; la segunda razón por la que creo que es correcto que la clasificación en mérito debe insertarse en ese lugar, se debe a las reglas estéticas del lenguaje, tan ausentes en nuestra ciencia.

Esto es, como vimos en el ejemplo inmediato anterior donde se realizó en mérito justificante, la clasificación es:

“Homicidio simple consumado instantáneamente *en defensa legítima*, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.”

Pero también pudimos construirla de la siguiente manera:

“Homicidio simple consumado instantáneamente, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa, *en defensa legítima*.”

Ambas reúnen los elementos que exige el Código Nacional, y nada impide que se use uno u otro orden.

Otro aspecto que puede ser motivo de observación forzada consiste en diferenciar entre tipo e hipótesis típica. Veamos.

Primero debemos decir que uno de los propósitos de la Clasificación Jurídica es dar certeza y precisión al título de imputación, esto es, como dije al inicio de este trabajo, la clasificación de un hecho no solo es para usarlo como membrete en la portadilla pálida en cartoncillo de un expediente, o al rubro de todo escrito así porque sí, sino que la clasificación debe contener a la letra todos los elementos de la imputación, todos y sin faltar uno.

Ahora bien, la mayoría de los tipos penales tienen diferentes hipótesis típicas, mayormente los tipos especiales, por ejemplo, en el fraude específico hay un sinnúmero de hipótesis, en tales casos, considero, la clasificación debe desde ese momento direccionarnos a la hipótesis específica.

Una clasificación genérica –si la expresión se me permite- de este tipo podría ser:

“Fraude específico, consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de omisión simple dolosa.”

Pero esa clasificación no nos explica a cuál de todas las hipótesis se refiere, y por tanto, no se cumple con la precisión que se busca con la Clasificación Jurídica. Tampoco podríamos añadir dentro de la clasificación el fundamento, primero porque la clasificación no debe llevar fundamento legal, eso va en el siguiente apartado de la imputación, pero hagamos el intento:

“Fraude específico regulado en el 387, fracción I, de Código Penal Federal, consumado instantáneamente, donde intervino el autor directo en forma de omisión simple dolosa.”

Como vemos, insertando el fundamento, tampoco nos dilucida la hipótesis específica. Por ese motivo, considero que la clasificación jurídica, cuando se refiere al tipo penal como primer elemento, debería para total precisión en la imputación, describir la hipótesis típica, y no solo el tipo.

El tipo penal es el siguiente:

“Artículo 387.- Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:

I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla o no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma, o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado;⁵

La hipótesis que contemplo se describe en las partes subrayadas:

Al que obtenga dinero ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado, si no la efectúa, sin motivo injustificado.

Considero que la clasificación jurídica debe ser:

“Fraude específico por obtener dinero ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado sin efectuarla y sin motivo justificado, consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de omisión simple dolosa.”

Como vemos, esta clasificación última sí reúne una de las características más importantes de la Clasificación Jurídica: precisión.

Entonces, considero que la Clasificación Jurídica regulada en el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando exige como primer elemento el tipo penal de que se trate, se refiere, para total precisión, a la hipótesis típica, no al tipo básico o específico, sino a la hipótesis en particular para que con ello el título de la imputación esté completa y precisa.

Lo mismo acontece cuando una imputación contiene agravantes o atenuantes, todas ellas deben estar incluidas en la clasificación jurídica, porque en ella deben reunirse todos los aspectos de la imputación, de no ser así, la teoría del caso estaría endeble.

⁵ Artículo 387. Código Penal Federal, Editorial Sista, México, 2017.

A partir de esta otra clasificación jurídica, verifiquemos la precisión en la imputación:

Robo a vivienda cometido con violencia física en pandilla, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con;

Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa.

De esta manera tenemos una clasificación jurídica completa, que reúne todos los elementos necesarios para formular una imputación, y ahora sí, plantear una teoría del caso.

Por otra parte, y muy importante, la clasificación jurídica es personalísima, eso significa que cada interviniente tendrá su propia clasificación jurídica y no una o la misma para todos, precisamente por eso es su grado de precisión.

Al final de este trabajo, vamos a encontrar cómo la amenaza queda ridiculizada ante el tiempo real de prisión que compurga el condenado.

Y por último, considero que existen algunos otros elementos que falta incorporar en la estructura doctrinal de la clasificación jurídica, que aunque se encuentran implícitamente en ellos, creo que no debemos olvidar que están presentes, y de esa manera saber que no son las únicas formas en las que se puede estructurar una clasificación jurídica, por ejemplo, en los grados de ejecución, en los cuales deben considerarse: la tentativa acabada o inacabada, eficaz o ineficazmente desistida –en todas sus vertientes- de un delito consumado instantáneamente, continuado o permanente, esto es, aunque hasta el momento la doctrina solo nos presenta nueve grados de ejecución que en páginas adelante se detallan, podemos encontrar y construir otros con esas mismas reglas.

Por ejemplo, jurídico penalmente son diferentes las siguientes clasificaciones jurídicas:

Fraude específico cometido en grado de tentativa inacabada *de delito instantáneo* ineficazmente desistido donde intervino el partícipe cómplice en forma de acción dolosa.

Y por otra parte:

Fraude específico cometido en grado de tentativa inacabada *de delito continuado* ineficazmente desistido donde intervino el partícipe cómplice en forma de acción dolosa.

Lo anterior porque si alguno de los partícipes solo intervino en uno de los hechos, desconociendo el cúmulo, entonces solo debe responder el partícipe cómplice de los hechos que tuvo conocimiento, hasta donde llegó su dolo, conforme al Principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, sabiendo que solo es dolosa toda participación.

Además, como vemos, dependiendo la naturaleza del tipo, puede haber tentativa –acabada o inacabada, eficaz o ineficazmente desistida- de un tipo de consumación instantánea, continuada o permanente, y por tanto, los efectos jurídicos en la responsabilidad penal son diferentes, y con ello, las consecuencias punitivas.

De esta manera, no son nueve los grados de ejecución, sino que tendremos que añadir a cada tentativa dos opciones más, partiendo de que se presupone que las hipótesis que doctrinalmente existen solo son consumadas instantáneamente, cuando hay algunos tipos penales que admiten ser configurados instantánea, continuada o permanentemente.

O para decir de forma breve, un tipo penal que admite configurarse instantánea, continuada o permanente –como la trata-, si solo llega a tentativa, habrá diferencia en la responsabilidad penal de los intervinientes –autor o

partícipes-, y por tanto, en punibilidad si esa tentativa lo es de un tipo de consumación instantánea o permanente.

Por ello, el Código Penal Federal fija algunas reglas para la responsabilidad penal en caso de tentativa y su punición:

“Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.”⁶

El párrafo tercero del artículo 64 del mismo código:

“En caso de delito continuado, se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.”⁷

Entonces, si se trata de delito continuado, sea en grado de tentativa o consumado continuadamente, debe aumentarse la sanción.

Si vemos, por ejemplo, un robo en grado de tentativa que se iba a consumir instantáneamente, tiene una pena inferior a un robo en grado de tentativa que se iba a consumir continuadamente.

Y si se trata de tentativa acabada o inacabada, el juez también debe atribuir el grado de responsabilidad y por tanto la punición conforme al artículo 12, párrafo segundo:

“Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.”

⁶ Artículo 63. Código Penal Federal, *op. cit.*

⁷ Artículo 64. Código Penal Federal, *op. cit.*

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS GRADOS DE EJECUCIÓN EN EL TIPO PENAL

Cuán importante es incluir en la clasificación jurídica de un hecho los grados de ejecución, pues de ellos depende identificar no solo el momento a partir del cual un hecho es jurídico penalmente relevante, o en qué momento se consuma un hecho típico y hasta en qué momento cesa la lesión al bien jurídico, que puede o no coincidir la consumación con su expansión, y gracias a ello saber cómo atribuir responsabilidad penal a cada uno de los intervinientes –autor, coautor, autor mediato, partícipe inductor y cómplice-, y la correspondiente pena.

Si una acusación ministerial o privada decide imputar un hecho olvidándose del grado de ejecución, evidentemente incumple con el Código Nacional de Procedimientos Penales que sí encontró como elemental identificar si se consumó, se desistió o hasta dónde se tentó un hecho típico.

Por ejemplo, cuando alguien nos plantea un asunto de robo hormiga, lo primero que debemos revisar son las reglas de concurso y de delito continuado, para ver la manera de preparar nuestra estrategia a partir de su clasificación jurídica.

En caso de que estemos postulando desde la defensa, por supuesto que nos avocaremos a plantear una clasificación jurídica de delito continuado; y si desde la acusación, buscaríamos forzar imputar concurso real de delitos de consumación instantánea, siempre y cuando se corresponda con las reglas de concurso.

Por otra parte, la diferencia entre un delito consumado instantáneamente y uno continuado, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, el primero obtiene la pena del tipo, y el segundo se aumenta hasta una mitad. En la realidad, la expresión “hasta” significa en tribunales imponer la mitad extra, cuando

deberíamos atender a su significado verbal, esto es, que no necesariamente debe imponerse la mitad de la máxima, sino que, la punibilidad debería oscilar de entre la máxima de la pena y hasta la mitad de la misma.

Lo que también es incorrecto, es que la consumación instantánea tenga la misma condena que un delito permanente. Hay tipos penales que se consuman de manera instantánea y/o permanente, como la trata de personas en diferentes hipótesis, y en tales casos considero que deberían recibir punibilidades diferentes, atendiendo al grado de lesión expansiva o daño del bien jurídico.

Más atroz resultan aquellos códigos estatales como el de Michoacán que hasta hace pocos meses imponía la misma pena para una tentativa que para un hecho consumado, y peor todavía porque no es lo mismo una tentativa de un hecho de consumación instantánea a uno de consumación permanente o continuada, especialmente porque infieren en las reglas de concurso.

Con tal disposición, además de quebrantar el principio de culpabilidad y con ello la de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tampoco permite imputar un hecho continuado en flagrancia.

A eso se debe la importancia de que en la clasificación jurídica de un hecho que la ley señala como delito esté integrado el grado de ejecución, como en un embarazo la decisión.

2.1 Ubicación sistemática de los grados de ejecución

No hace mucho, Miguel Ángel Mancera hizo referencia a la denominación Tipo de la tentativa, porque efectivamente un hecho tentado, desistido o consumado se regula desde el tipo.⁸

⁸ Sin hacer, de momento, referencia al contenido de la obra, resalto lo destacado del título en la bibliografía mexicana, pues con precisión disipa lo referente a la ubicación sistemática de la tentativa, esto es, a nivel de tipo: Mancera Espinoza, Miguel Ángel, El tipo de la tentativa, teoría y práctica. Editorial Porrúa, México, 2011. Aunque Günther Jakobs ya usaba la expresión literal Tipo de la tentativa en su obra *Derecho penal*, desde hace casi treinta años.

Como se dijo antes, los grados de ejecución, las formas de intervención y la naturaleza de la conducta son elementos del tipo.

Entonces, debemos relacionar cada parte desde un panorama típico y la ubicación sistemática que tiene en este primer elemento del delito, la tipicidad.

En caso de que se realicen dos o más conductas típicas sucesivas, esto es, una o más consecutivas posteriores a la consumación de la primera, en el que la o las conductas típicas posteriores a la consumación de la primera tengan entre sí un vínculo delictivo, entonces se aplican las reglas del concurso real.

Esa conducta típica posterior la vemos con claridad en caso de lesiones con motivo de tránsito de vehículos, cuando el activo abandona a la víctima las consecuencias jurídicas que exige el tipo son muy diferentes a las del sujeto activo que se queda para ver la manera de socorrer a la víctima en una acción culposa.

En este caso, estamos en presencia de un concurso real, la primera, de lesiones consumadas instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción culposa, en concurso real con abandono de personas consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de omisión simple dolosa.

Lo primero relevante es ver cómo puede existir una clasificación jurídica con una acción culposa previa, y una omisión simple dolosa posterior, unidas por las reglas del concurso real, para quedar la clasificación jurídica como sigue:

“Lesiones consumadas instantáneamente por atropellamiento, donde intervino el autor directo, en forma de acción dolosa;

En concurso real con;

Abandono de personas consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de omisión simple dolosa.”

Es omisión simple porque el tipo no exige un resultado típico material en la víctima, como podemos leer del Código Penal Federal:

“Artículo 341.- Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.”⁹

Puede leerse que es omisión, porque no es necesario que el agresor se retire o no, simplemente con que omita prestar auxilio o no solicite la asistencia que requiere.

En tal hipótesis podemos considerar que en un lugar apartado, si el atropellado no puede ser trasladado a un lugar para su atención, después del atropellamiento cayó en un barranco, o prensado, y solo puede recibir ayuda si el autor busca el apoyo de otras personas a algunos kilómetros de distancia, eso no puede ser considerado como abandono de personas, pues el haberse retirado del lugar de los hechos fue con el propósito insalvable de buscar ayuda para otorgar auxilio a la víctima.

Ahora bien, todo el ejemplo anterior se modifica en cuanto a la posible imputación si por ejemplo no se consuma la segunda conducta típica, o probablemente se quedó en tentativa, de manera que al modificarse el grado de ejecución, se transforma la imputación o clasificación jurídica a nivel de tipo produciendo efectos muy diferentes.

De lo anterior se deduce que los grados de ejecución son típicos, partiendo de que el delito es eminentemente tripartito –tipo, antijuridicidad y culpabilidad-, es en el tipo objetivo donde analizamos los grados de ejecución.

⁹ Artículo 341. Código Penal Federal, *op. cit.*

Pero antes de avanzar en la clasificación jurídica es necesario recordar que el tipo se divide en elementos objetivos, subjetivos y normativos:¹⁰

Tipicidad:

A. Elementos objetivos

Sujetos:

Sujeto activo (Autoría: autor, coautor y autor mediato. Participación: inductor, cómplice y encubridor)

Sujeto pasivo

Calidad de sujetos:

Calidad del sujeto activo

Calidad del sujeto pasivo

Conducta:

Acción

Omisión simple

Comisión por omisión

Omisión dolosa –partícipe-

Grados de ejecución:

Tentativa acabada

Tentativa Inacabada

Tentativa acabada eficazmente desistida

Tentativa acabada ineficazmente desistida

Tentativa inacabada eficazmente desistida

Tentativa inacabada ineficazmente desistida

Consumación instantánea

Consumación permanente

Consumación Continuada

Bien jurídico:

Bien jurídico personal

¹⁰ Cfr. La tabla sistemática de los elementos del tipo es tomada en lo general, de Rubén Quintino a partir de la integración de dos de sus obras, *Dogmática Penal Actual* (México, 2008) y, *Cómo Clasificar un Hecho conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales* (México, 2017), en la inteligencia de que incorpora en esta última los criterios adoptados en el CNPP vigente.

Bien jurídico suprapersonal o macrosocial

Bien jurídico disponible

Bien jurídico indisponible

Objeto material

Circunstancias:

Circunstancias de tiempo

Circunstancias de lugar

Circunstancias de modo u ocasión

Medios comisivos:

Violencia física

Violencia moral

Otros medios comisivos

Nexo causal y Juicio de adecuación causal

Resultado:

Resultado formal

Resultado material

Imputación objetiva del resultado, o atribuidad del resultado a la conducta

La creación de un riesgo no permitido

Concreción del riesgo no permitido en un resultado

Pertenencia del resultado al ámbito protector de la norma

B. Elementos Subjetivos

Dolo: Directo y eventual

Culpa: Simple y consciente

C. Elementos normativos

En cuanto a los elementos normativos, considero, bien podrían comprenderse desde dos aspectos, el primero, desde la óptica del sujeto activo, pues para que exista tipicidad y cumplimiento de los elementos normativos, basta que el autor o partícipe tenga una comprensión normal de los elementos normativos, una comprensión que puede ser alcanzable a cualquier profano del Derecho, incluyendo a un adolescente o una persona con inimputabilidad disminuida; el segundo, es desde la óptica del operador ministerial o judicial, esto

es, que esos elementos normativos mediante el juicio de tipicidad habrán de verificarse desde su trinchera si están reunidos hasta sus últimos alcances los elementos normativos, incluso aquellos que no son de la comprensión del activo, por no ser el autor o partícipe un perito en Derecho.

Para lo anterior, Rubén Quintino ha considerado desde 2003¹¹ que las reglas del error de subsunción sobre elementos no esenciales, deben aplicarse las reglas del error de tipo, esto es, para cuando el activo yerra respecto de elementos normativos que desde su profano conocimiento del Derecho no le permiten comprender aspectos jurídico-normativos del tipo; para el segundo caso, cuando corresponde a los operadores ministeriales o judiciales hacer valer jurídicamente un error sobre elementos normativos no esenciales del tipo, bien pueden aplicarse –sostiene Quintino- las reglas del error de prohibición.

Los grados de ejecución forman parte del tipo, pues describen los alcances de la conducta lesionándola o poniéndola en peligro.

En adelante, para el análisis de los elementos de la Clasificación Jurídica, vamos a usar el Código Penal para la Ciudad de México, principalmente porque considero que su construcción metodológica y conceptual tanto en la parte general como en la especial, supera a la federal o de cualquier otro estado del país.

2.2 Grados de ejecución

Ahora bien, la doctrina coincide en que dependiendo de si se consuma una lesión o se pone en peligro un bien jurídico, el reproche y la pena deben ser diferentes, por supuesto, dependiendo si el tipo es de consumación o de peligro.

¹¹ Cfr. Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de Derecho penal*, MaGister, México, 2003, p. 352.

Los delitos de lesión pueden ser tentados o consumados¹². Los delitos de peligro, por tratarse de tipos penales específicos, también pueden tentados o consumados.

Los grados de ejecución son:

- a) Tentativa acabada;
- b) Tentativa inacabada;
- c) Tentativa acabada eficazmente desistida;
- d) Tentativa acabada ineficazmente desistida;
- e) Tentativa inacabada eficazmente desistida;
- f) Tentativa inacabada ineficazmente desistida;
- g) Consumación instantánea;
- h) Consumación permanente; o
- i) Consumación continuada.

La doctrina ha reconocido la presencia de dos maneras más en los grados de ejecución, uno son los actos preparatorios, los cuales consisten en la realización objetiva o externa de actos tendientes a poner en riesgo o lesionar un bien jurídico, pero con su solo despliegue, no se realiza ninguna conducta típica, y por ello son impunes, pues no forman parte de la descripción del tipo o del verbo rector que gobierna.

Aunque cabe decir que existen actos preparatorios tipificados para terrorismo, por ejemplo, pero en este caso sí están regulados en un tipo y por tanto, no es necesaria la consumación del hecho –terrorismo o sedición- para sancionar la conducta preparativa, porque se comprende que la sola preparación es ya un hecho típico consumado y no es necesario que se consuma el otro tipo

¹² Por su parte, Bacigalupo manifiesta que el periodo de preparación “es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin” (Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho penal, parte general*, 2ª. ed., Themis, Bogotá, 1994, p. 163).

penal, el de terrorismo o sedición. A mi parecer, en este tipo penal de terrorismo, esos actos preparatorios difícilmente pueden quedar en grado de tentativa.¹³

Otro elemento que la doctrina incorpora en los grados de ejecución es el arrepentimiento como conducta posterior a la consumación. Discrepo al considerar al arrepentimiento como parte de los grados de ejecución o camino del delito, porque la conducta posterior a la consumación o terminación del hecho delictivo, o bien está regulada por un tipo penal distinto como el abandono de persona en caso de atropellamiento, o, la conducta posterior como la aceptación o confesión de la realización típica resulta solo viable para beneficios de carácter procesal.

Por otra parte, aunque son nueve los grados de ejecución que prevalecen en la doctrina, podríamos incluir en el debate la existencia de al menos seis más, esto porque la tentativa o las posibilidades o variables de tentativa que aparecen son aplicables solo para delitos consumados instantáneamente, y lo mismo acontece para el desistimiento, pues solo comprende delitos de consumación instantánea, pero sugiero que deben incluirse las mismas variables de tentativa y desistimiento de tentativa para delito permanente, y probablemente para algunos casos de delito continuado. Comprendo que para este último caso, es necesario que el activo haya dado inicio a la ejecución del tipo, que habrá de consumarse en diferentes momentos, al menos dos, y que no se consumaron por causas ajenas al activo en el caso de tentativa, o, desistimiento de tentativa, cuando voluntariamente neutralizó su conducta.

Es posible por ejemplo cuando un sujeto da inicio a una conducta (verbo rector del tipo) plenamente y suficiente para que en periodos posteriores en un curso causal natural se vayan consumando ya sin su intervención, lo que daría lugar a un delito continuado, por ejemplo, configurar una cuenta bancaria ajena para que cada semana, quincena o mes, automáticamente vaya haciendo pagos a un tercero sin el consentimiento de su titular. Si es descubierto y se constata que

¹³ Cfr. Jescheck, en cuanto a los delitos de emprendimiento, sin negar la regulación vigente entonces en su país, Alemania, hace la siguiente manifestación: “mientras que la tentativa es punible como delito de emprendimiento, no se castigan los estados previos del delito de emprendimiento –en cierta manera la tentativa de la tentativa-, porque en otro caso, se adelantaría demasiado en esa fase previa”, (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, parte general*, 4ª. ed., Comares, Granada, 1993, p. 477).

la afectación patrimonial se consumaría en fechas subsecuentes separadas en el tiempo, y se logra frustrar en algún punto inicial, entonces, a mi parecer sí hay una tentativa acabada de delito de consumación continuada.

Con lo anterior quiero decir que así como existe tentativa acabada o inacabada, eficaz o ineficazmente desistida de un tipo de consumación instantánea, también deben existir los mismos grados de tentativa o desistimiento para delito permanente e incluso podrían ser para delito continuado en grado de tentativa o su desistimiento, y para ello se requiere que la tentativa haya sido realizada en una sola unidad de acción o propósito delictivo, porque de no ser así, entonces estaríamos no ante un delito continuado, sino un concurso real de delitos.

Para ejemplificar de nueva cuenta lo anterior, bien puede presentarse como una tentativa acabada de secuestro, o tentativa acabada eficazmente desistida de secuestro, e incluso, tentativa acabada ineficazmente desistida de secuestro. En todos estos casos, se presenta un delito consumado permanentemente en grado de tentativa y con ello, los grados de ejecución ya no son nueve como lo sostiene la doctrina, sino que por lo menos podrían subir a quince.

Veamos que un autor mediato, para realizar un delito continuado, puede instrumentalizar a otros para que una vez que suelta o se desprende de su ejecución como autor mediato, consecutivamente realicen sus respectivas acciones los instrumentos, al menos más de una, porque el continuado no exige más de dos, y los instrumentos no consuman el resultado por injerencia de un tercero, pero el autor mediato ya ejecutó íntegramente todo lo que en sus posibilidades estuvo factible y era necesario para consumir el hecho, pero los instrumentos no consuman por causas ajenas tanto al mediato como a los instrumentos. En tales condiciones vemos una tentativa acabada no de delito de consumación instantánea, sino de delito de consumación continuada. Por ese motivo considero que son más de nueve los grados de ejecución.

Por último, tengamos presente que puede existir concurso real o ideal de delitos que hayan sido consumados instantáneamente con aquellos que sean permanentes o continuados.

Veamos cada uno de los grados de ejecución reconocidos por nuestra legislación y la doctrina persistente.

2.2.1 Consumado instantáneamente

Consumación significa que, se realizaron todos los elementos de la descripción típica, objetivos, subjetivos y normativos.¹⁴

Consumación instantánea significa que se realizaron todos los elementos de la descripción típica con una sola conducta, de acción u omisión.¹⁵

El Código Penal para la Ciudad de México define:

“ARTÍCULO 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;”¹⁶

Prácticamente lo mismo define al delito consumado instantáneamente el artículo 7, fracción I del Código Penal Federal.

La conducta instantánea no necesariamente significa un acto u omisión acontecido de un solo golpe o segundo, sino que se trata de un acontecimiento o suceso que puede ser realizado en un solo instante o segundo, o, incluso puede

¹⁴ Debemos diferenciar a la *consumación* de la *acción*, pues mientras la primera es la concreción de todos los elementos del tipo, la acción bien puede quedar en grado de tentativa o su desistimiento. Ambas son jurídico penalmente relevantes en el Derecho, pero con tratamiento diferente.

¹⁵ También es cierto que el resultado nos vincula más con la consumación, sea formal o material, ahora ya reconocido el formal en la Dogmática penal y que en su momento provocó a Luis Jiménez de Asúa manifestar “Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de delitos formales era falsa” (Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho penal*, Harla, volumen 7, México, 1997, p. 137).

¹⁶ Artículo 17. Código Penal para la Ciudad de México. Editorial Sista, México, 2017.

prolongarse por algún breve tiempo durante el cual la conducta descrita en el tipo o verbo rector del tipo y la misma agresión jurídica del activo se realiza de manera ininterrumpida.

Por ejemplo, la violación instantánea puede prolongarse, digamos sin afanes, por 30 minutos, o tal vez puede ser consumada en algunos segundos. Es instantánea la consumación, pero si luego de la primera cópula, dure lo que dure, retoma fuerzas y vuelve a imponer a la misma víctima retenida la cópula una hora después, estaremos en presencia de un concurso ideal, con la siguiente clasificación jurídica:

Violación consumada continuadamente, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con;

Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, consumado permanentemente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Lo mismo acontece en un asunto de lesiones, que si bien puede producir a la víctima con 10 puñaladas y que no le causen la muerte porque así lo programó intencionalmente, en ese caso, no son muchas lesiones en concurso real, sino una sola conducta de lesiones diversas, consumadas instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa. Adelante veremos cómo la consumación puede temporalmente no coincidir con la terminación del hecho delictivo.

2.2.2 Consumación permanente

El Código Penal para la Ciudad de México define:

“ARTÍCULO 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

...

II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y”¹⁷

Hay tipos penales que pueden admitir consumación instantánea como permanente o continua. Hay múltiples hipótesis, por ejemplo, en trata de personas que pueden ser consumadas instantáneamente, como de manera permanente.

La consumación permanente exige la realización de una conducta, esto es, el tipo se realiza una sola vez pero el tipo permanente demanda que esa conducta mantenga el estado antijurídico por un periodo de tiempo, o para mejor decir, la agresión que describe el tipo se prolonga. Primer característica del delito permanente, es que el autor puede voluntariamente cesar su agresión típica y al detener el estado antijurídico, las cosas regresan a las condiciones en las que se encontraban hasta antes de la consumación, cosa ya no posible en el de consumación instantánea.

Ahora, ¿cómo diferenciar una consumación instantánea y una permanente? Antes hablamos de una violación consumada instantáneamente que duró 30 minutos, así como podemos tener un secuestro que dure la misma temporalidad. En el primer caso es una violación consumada instantáneamente; en el segundo, es un secuestro de consumación permanente, aunque los dos duren la misma temporalidad.

Debemos diferenciar entre consumación y terminación del hecho.¹⁸

Hace no mucho, una persona en Coyoacán encontró la manera, mediante el engaño, de hacer que un par de infantes extraviados en la Plaza Oasis,

¹⁷ Artículo 17. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

¹⁸ Emiliano Borja Jiménez desarrolla el tema distinguiendo entre consumación y terminación del hecho delictivo para tratar de diferenciar solo entre delito de consumación instantánea y permanente (Borja, Emiliano, *Terminación del delito*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia, tomo 48, Madrid, 1995, pp. 89-185).

ingresaran con él en una sala de cine a ver una película, mientras él –les dijo- llamaba a sus papás con el celular que traía uno de los niños. Lo que en realidad hizo fue enviar mensajes que, a decir de conocidos que leyeron la carpeta de investigación y cuyo suceso noticioso fue del dominio público, los textos más o menos contenían lo siguiente: “Tengo a sus hijos secuestrados. Tienen una hora para reunir determinada cantidad de dinero y dejarla en el lugar que posteriormente les informaré. Si no cumplen o llaman a la policía, sus hijos sufrirán las consecuencias.” Fue detenido y puesto a disposición al terminar la película gracias a las cámaras de seguridad de la plaza comercial. El osado delincuente optó por la sala de cine, pero bien pudo trasladarlos a otro lugar donde tuviera total control o dominio sobre la libertad de las víctimas, pero en ambos supuestos, aun así, ¿es un secuestro?, ¿sigue siendo secuestro consumado permanentemente aunque solo duró poco menos de dos horas? Sí.

Por eso es importante distinguir entre la consumación y la terminación del hecho.

Una conducta se consuma cuando el autor realiza el tipo. Termina el hecho cuando, simultáneamente o después de concretar la conducta típica, el autor voluntaria o no voluntariamente, suspende la lesión al bien jurídico por sí o por intervención de un tercero. La terminación puede, entonces, temporalmente ser posterior al momento en que se logró concretar la conducta típica. Una persona decide dolosamente prender fuego en un bosque. Con la sola acción incendiaria se consumó el tipo, sin importar que la cremación boscosa dure 10, 30 o más minutos. Hasta entonces se presenta la terminación del hecho delictivo.

Una de las características primordiales que la doctrina usa para exponer la presencia de un delito permanente, es que en ella el activo tiene la voluntad y capacidad de hacer cesar los efectos del tipo, mientras que en el instantáneo, como se consumó en un acto, ya está impedido para restablecer el bien jurídico a las condiciones en las que se encontraba hasta antes de la conducta.

Otra, y me parece más clara para diferencias entre un delito de consumación instantánea y uno permanente es que durante el periodo de tiempo que dura el hecho típico, no solo la consumación sino la terminación del hecho delictivo, admite la defensa legítima. En el mismo ejemplo de pirómano, una vez que ha consumado el hecho de incendiar, ya no admite defensa legítima, esto es, un tercero ya no puede repeler la agresión del autor, no lo puede golpear, vaya, alegando defensa legítima del bien jurídico, salvo para cuestiones de detención ciudadana en flagrancia, porque es un delito de consumación instantánea, aunque el incendio tenga un periodo de terminación del hecho delictivo posterior a la consumación.

Pero en una privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales o para pedir rescate, aunque la consumación típica se concretó desde que ya tiene la libertad de la víctima completamente a la disposición del autor, mientras dure el estado antijurídico cabe perfectamente la defensa legítima, precisamente porque la agresión típica del autor al bien jurídico no ha cesado. En tanto dure la agresión típica, subsiste la defensa legítima.

Aunque en párrafos anteriores señalé que la violación se consuma instantáneamente desde que el sujeto realiza el tipo, por ejemplo, al imponer la cópula, pero la terminación del hecho delictivo concluye hasta que el autor voluntaria o involuntariamente cesa su conducta minutos después, hasta que la agresión típica termina; por eso considero que debemos replantearnos y abundar sobre la diferencia entre la consumación instantánea y la permanente, pues a mi parecer, en una violación tumultuaria, supongamos 5 coautores, sí podría presentarse una consumación permanente, donde los coautores mantienen el estado antijurídico durante determinado tiempo, porque durante todos esos minutos, o, en el peor de los casos, horas, donde subsiste la agresión al bien jurídico descrito en el tipo, cabe perfectamente la defensa legítima. En este caso, el estado antijurídico prevalece por un lapso de tiempo, y la coautoría se puede incorporar ya sea desde que el primero impuso la cópula o llegar tarde y sumarse

a la agresión, por ello considero que sí puede presentarse una violación de consumación permanente, como la hay instantánea y continuada.

Sobre este tema de autoría y participación, sobresale otra característica que distingue a un delito consumado instantáneamente de uno permanente. En el instantáneo, después de su consumación típica, ya no admite la incorporación de coautores o partícipes, como el caso del incendio forestal, porque si otros sujetos, luego de la consumación típica del primero, sin previo acuerdo se incorporan a seguir incendiando o impedir que sea apagado, ellos responderían como autores y no como coautores de su propia conducta. En el caso de un delito permanente, sí admite la incorporación de coautores o partícipes durante el transcurso del tiempo que dura el estado antijurídico o la agresión descrita en el tipo. Si en la violación tumultuaria –insisto sobre su posibilidad permanente- se incorpora un coautor o partícipe posteriormente a que se dio inicio durante el estado antijurídico, cabe perfectamente atribuirles responsabilidad como coautores y no simples autores. Y lo mismo acontece en el secuestro, en el que se puede añadir un coautor posterior a que se realizó el hecho típico temporal y mientras se mantiene el estado ilícito.

Por otra parte, a diferencia del delito de consumación instantánea, en el permanente perfectamente puede presentarse concurso real de delitos mientras perdure el estado antijurídico, en la inteligencia de que, como en el delito instantáneo, evidentemente también cabe el concurso ideal.

Lo mismo acontece con las agravantes o calificativas, las cuales, para la consumación instantánea es necesario que desde el momento de la consumación típica lleve aparejadas éstas, en el caso de la consumación permanente, puede no haber calificativas al inicio de la consumación e incorporarse posteriormente mientras prevalezca la conducta típica permanente.

La doctrina considera que en el delito permanente, al poder restablecer las condiciones del bien jurídico al punto anterior de la consumación del tipo, y con tal afirmación, hace una separación -a mi juicio dudosa-, de que los delitos permanentes a diferencia de los instantáneos, donde el bien jurídico se puede

restablecer –distinto a reparar el daño- a condiciones en las que se encontraba antes de la consumación, esto es, que puede regresar a la situación original antes de la conducta del activo, son bienes jurídicos flexible, maleable, y por deducción, los instantáneos, tan frágiles que luego de la consumación, ya no es posible reintegrar el bien jurídico a la persona.

Por supuesto hay quienes postulan esta posición poniendo como ejemplo el homicidio o las lesiones, en las cuales el activo no puede regresar las cosas al momento anterior a su consumación. Pero la dificultad se somete a tres conceptos distintos, uno, bien jurídico, segundo, objeto material, y, tercero, resultado (formal y material).

Hace poco me platicaron de una mujer violada por su amigo, que al terminar una fiesta cerca del amanecer en la colonia Roma de la Ciudad de México, en taxi se fueron a la casa de ella. Abrieron un tinto y fue lo último que ella recordó cuando despertó sola con dolores vaginales característicos de cópula alrededor de las seis de la tarde. Tomó el teléfono y narró sus malestares y los hechos recordados a la segunda pareja sexual que había tenido en su vida y durante los últimos cinco años, su novia. Ambas ya reunidas en la casa de los hechos, convocaron al mejor amigo de las dos, un abogado, para mostrarle que en las sábanas había sobrada evidencia genética de actividad sexual confirmada por los peritajes ministeriales, y restos de sedantes en su prueba de sangre. Solo falta decir que su primera pareja sexual lo fue durante todo el periodo universitario: el abogado que la asistió.

El bien jurídico es personal o suprapersonal, disponible o indisponible, y consiste en el valor o interés que protege el tipo penal. El objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica. El resultado es material si produce un cambio en el mundo fáctico, el mismo tipo lo exige; y para formal basta con que se realice la conducta típica sin exigencia de alguna mutación material.

Ella fue el objeto material, y la libertad sexual el bien jurídico, personal y disponible. La violación es un delito de resultado formal, evidentemente no exige una mutación o cambio en el mundo fáctico.

Con lo anterior analizando las características de la consumación instantánea y la permanente, esta violación tiene no pocas características de la consumación permanente: pudo existir concurso real, pudo haber incorporación de coautoría y participación después del consumir la cópula inicial, y con ello agravantes o calificativas. Durante la actividad sexual impuesta pudo haber defensa legítima de tercero –suponiendo que en flagrancia la novia los descubre-, o bien, el autor pudo haber detenido voluntariamente su conducta haciendo cesar el tipo; y finalmente, si es de resultado formal, no habría problema para que se restablecieran las cosas y el bien jurídico hasta antes de que se diera inicio la conducta.

Como en el secuestro, donde se restablece el bien jurídico al liberar a la víctima, en la violación también se restablece la libertad sexual, bien jurídico protegido por el tipo.

Por ello, esa flexibilidad del bien jurídico en los delitos permanentes, esto es, que puede restablecerse, y que necesariamente se vincula con el resultado formal, debe ser sujeta a nuevo análisis. Por mi parte, sugiero que en cuanto a este tema de la flexibilidad, en lugar de usarla como característica del delito permanente, se desuse porque a mi parecer choca con los otros conceptos mencionados, porque un delito permanente puede o no regresar al bien jurídico y al objeto material a su condición original previa a la consumación; por eso, en su lugar, sugiero que simplemente se pueda identificar al delito permanente como de estado, además de las otras características ya señaladas, independientemente de si existe resultado formal o material o si se puede o no regresar el bien jurídico y el objeto material a las condiciones en las que se encontraba antes del hecho.

Finalmente, la punibilidad de un delito permanente es la misma que la de un delito instantáneo, cosa que no debería ser. Sabemos que hay tipos que pueden

consumarse instantánea, continuada o permanente, en cuanto a la continuada, ya la pena se maximiza, pero en la permanente se conserva la misma, por ejemplo, diversas hipótesis de trata de personas pueden consumarse instantánea o permanentemente, y en ambos casos la pena es la misma. Lo correcto es que exista una diferenciación punitiva que sancione más un delito permanente que uno instantáneo.

2.2.3 Consumación continuada

El Código Penal para la Ciudad de México establece:

“ARTÍCULO 17 (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

...

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.”¹⁹

El Código Penal Federal hace lo propio en el artículo 7, fracción tercera.

Ahora bien, lo primero que debemos decir es que la pluralidad de conductas deben ser típicas, esto es, cada conducta añadida a la primera debe ser consumada conforme a todos los elementos del tipo.

Esto nos permite a puertas abiertas retomar un debate sobre si cabe o no concurso en el delito continuado. La doctrina ha mantenido una postura generalizada en cuanto a que no es posible, y comprendo la imposibilidad cuando se trata de la consumación del mismo tipo, pero considero que sí puede haber concurso incluso del mismo tipo, si un conjunto de conductas consumadas del mismo precepto legal se unen con una tentada. Digo esto porque suponiendo que

¹⁹ Artículo 17. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

se presentan tres conductas, y solo dos se consumaron conforme al tipo, y la tercera quedó en grado de tentativa, y ésta, a diferencia de las dos anteriores viene acompañada de calificativas o agravantes, entonces estaremos presenciando un tipo penal consumado continuadamente en concurso real con el mismo tipo penal pero en grado de tentativa agravada.

Esta observación es muy delicada, pues, partiendo de que la consumación continuada se pena con hasta la mitad del máximo del tipo, el agente activo habrá de ser condenado por un concurso real, con hasta la mitad de la máxima por sus dos primeras conductas consumadas, más, la pena por la tentativa agravada de la tercera conducta –punibilidad de tentativa: de dos a tres terceras partes de la mínima y máxima, respectivamente, más la de la agravante.

¿Debe haber concurso en delito continuado, entre uno consumado y uno tentado de la misma naturaleza? Sí, a mi parecer sí, pues como dije antes, es admisible el concurso real o ideal entre uno consumado y uno tentado, del mismo tipo penal. No hay disposición legal que diga lo contrario, aunque considero que para los casos de delitos continuados, la consumación debería absorber los tentados de la misma naturaleza y con ello, no aplicar la pena por la tentativa, salvo que ésta venga con agravantes o se incorporen otros activos intervinientes.

En el ejemplo anterior, más le hubiera valido al autor consumir las tres conductas típicas y no solo dos, dejando la tercera en tentativa.

Materialicemos más el ejemplo: en un periodo de tres meses, un vecino abusa sexualmente de una menor de once años de edad de manera continuada en dos ocasiones, y en la tercera que queda en grado de tentativa se añaden otras calificativas porque ahora –casi de la nada, porque a veces así acontece- vive con la madre de la víctima como pareja, y en una noche de copas intenta con violencia física perpetrar el abuso sexual contra la hijastra en compañía de dos sujetos más, aprovechando que la madre trabaja de noche. No cabe duda que el abuso sexual sin violencia de cuando eran vecinos y no mantenía relación de pareja con la madre de la víctima es un delito continuado, hayan sido dos o más ocasiones, y

tiene su pena, pero en la última conducta que quedó en grado de tentativa calificada por la violencia, el amasiato y la intervención de más de tres personas, aunque se trate del mismo tipo penal, la tentativa debe sumarse como delito tentado en concurso real.

Las reglas de concurso son todavía inescrutables, y sus redes están tejidas en cada parte de la teoría del delito. En este caso, existe una intimidad con los grados de ejecución que deja en predicamentos a cualquier defensor o acusador. En capítulos adelante abundaremos hasta donde las limitaciones de este escribano llegan en el concurso, mientras, sigamos analizando el delito continuado.

Otra característica del delito continuado es el dolo global, esto es, la pluralidad de conductas están dirigidas a la realización de varios hechos, todos en su conjunto están protegidos por un tipo penal, salvo que haya concurso, desde luego. Sin embargo, también considero que el dolo global implica no necesariamente el conocimiento de todos los hechos que se desean ejecutar y que se concretaron conforme al plan único, puesto que habrá conductas típicas separadas unas de otras en las cuales el autor probablemente no formaban parte de su plan escrupuloso, pero sí del deseo de continuar cometiéndolo de presentársele las condiciones.²⁰

Como dije antes, también pueden incorporarse en las sucesivas conductas tanto la autoría como la participación, ya sea del mismo tipo, más los tipos que cada interviniente que se añada pueda realizar por sí y que formen parte del dolo global, del plan general o que sean necesarios y previsibles para consumir lo planeado.

²⁰ Como podrá verse, discrepo de la Jurisprudencia por contradicción de tesis bajo el siguiente rubro: VIOLACIÓN. SE ACTUALIZA EL CONCURSO REAL HOMOGÉNEO DE DELITOS CUANDO UN MISMO SUJETO ACTIVO COMETE DOS O MÁS ILÍCITOS IGUALES EN CONTRA DEL MISMO PASIVO, REALIZADOS EN DISTINTO TIEMPO (ARTÍCULOS 182 Y 183 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, ANTES DE SU REFORMA Y REUBICACIÓN, PUBLICADA EL DOS DE ABRIL DE 2010). (Tesis: 1a./J. 24/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Pag. 179), puesto que si cambiamos el bien jurídico por el patrimonial en el tipo de robo hormiga, evidentemente la jurisprudencia se queda trunca en la solución de este tipo de asuntos.

Por ejemplo, un encargado tiene llaves de la fábrica en la que trabaja, y realiza durante la noche robo hormiga de herramientas. El dueño cambia chapas y entrega la nueva llave a otro nuevo encargado y añade un vigilante nocturno. El ladrón en su quinta ocasión se hace acompañar de otra persona para entrar a la bodega, lesionar al de seguridad y robar otras herramientas. Cámaras de seguridad y declaraciones permitieron conocer la historia completa.

La clasificación jurídica para el primer encargado es: Robo agravado (violencia y posición de confianza), consumado continuamente, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa, en concurso real con lesiones calificadas consumadas instantáneamente donde intervino el coautor en forma de acción dolosa.

En el caso de la persona que le acompañó en el último robo, es: Robo agravado, consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa, en concurso ideal con lesiones calificadas consumadas instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Dijimos al inicio de este trabajo que la clasificación jurídica es individual y personalísima, por ello, a los dos sujetos se les atribuyen diferentes clasificaciones.

2.2.4 Tentativa acabada

La tentativa está regulada en el artículo 20 del Código Penal para la Ciudad de México de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del

sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”²¹

En el Código Penal Federal la encontramos en el primer párrafo del artículo 12, también con los mismos elementos.

La tentativa puede ser acabada o inacabada. La primera, si se realizan *todos* los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, pero por no se consuma el tipo por causas ajenas al activo; la segunda, solo se diferencia en cuanto a los actos realizados, pues es inacabada si solo se realizan en parte, no todos, los actos ejecutivos que producirían un resultado.

“La tentativa es perfecta, y ahí incriminable, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos –a veces normativos- requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido”, sostiene Ramón Palacios.²²

Günther Jakobs define a la tentativa acabada de la siguiente manera: “Si, en el supuesto descrito, el autor ha hecho todo lo necesario según su representación, pero no se ha producido aun la (plena) realización del tipo, se da tentativa acabada”²³, concepto en el cual puede verse que a juicio del prestigiado penalista es necesario que el sujeto activo haya hecho todo lo necesario según su representación, lo que nos sumerge en la discusión de medios idóneos para una tentativa posible o simplemente basta con que el sujeto activo se represente suficientes sus actos para que se produzca una consumación.

Toda tentativa debe ser dolosa, ya sea por medio de dolo directo o eventual. Hans Welzel no vaciló al sostener que, “Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa.”²⁴ Si el tipo exige elementos subjetivos específicos para su consumación, entonces deben también aparecer configurados en la tentativa. Considero además que, la

²¹ Artículo 20. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²² Palacios, Ramón, *La tentativa, el mínimo de ilicitud penal*, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 34.

²³ Jakobs, Günther, *op. cit.* p. 889.

²⁴ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª. ed., 4ª. ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 224.

tentativa puede realizarse tanto en delitos de acción, omisión simple, comisión por omisión y la omisión dolosa del partícipe cómplice acompañando al autor.

Es cierto que parece difícil contemplar una tentativa de una omisión simple, por tratarse de delitos de resultado formal, porque a diferencia de los de acción o de comisión por omisión, son muy pocos, y generalmente exigen una calidad de garante en el sujeto activo, entonces, por tratarse de la obligación de desplegar una mera actividad, resulta muy complicado verificar una tentativa omisiva, o al menos, no me viene ninguna posibilidad clara a la mente.

Tal vez, antes de que existiera el 194 del Código Penal para la Ciudad de México, que sanciona a quien se pone de alguna manera en estado de insolvencia para incumplir con sus obligaciones alimentarias, y es descubierto un día antes de que venza el término para cumplir como deudor, tal ejemplo que es muy común, podría implicar una tentativa de omisión simple; empero, el 194 del código regula desde hace más de diez años, no una omisión simple, sino una acción con un elemento subjetivo específico. Aun así, qué difícil es acreditar el mismo 194 para el acusador, pues la defensa bien podría alegar la programación de un préstamo para no dejar de cumplir con sus obligaciones. No, no he presenciado ninguna consignación o imputación que haya llegado a juicio condenatorio a partir de este artículo, por más improvisado que sea el abogado defensor.²⁵ Leamos su redacción:

“ARTÍCULO 194. Al que renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa,

²⁵ Javier Jiménez Martínez hace suya la negativa de la tentativa en los delitos de omisión simple de la siguiente manera: “Delitos que no admiten tentativa. Una parte del sector doctrinal señala que no se admite la tentativa en los siguientes delitos: delitos omisivos propios o de mera omisión.” (Jiménez, Javier, *La estructura del delito en el Derecho penal mexicano*, 2ª. ed., Ángel Editor, México, 2006, p. 650).

pérdida de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.”²⁶

Del tipo anterior, aunque se pretende evitar una conducta omisiva (simple) por parte del autor, ésta ya no puede configurarse en grado de tentativa puesto que el 194 ya regula la conducta como acción.

2.2.5 Tentativa inacabada

Debemos volver a recordar la descripción legal (artículo 20 del Código Penal para la Ciudad de México):

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”²⁷

En esta ocasión solo exige la realización parcial de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ¡Cosa difícil para el operador, hacer un juicio sobre una tentativa inacabada!

Si la tentativa exige obligatoriamente la presencia del dolo,²⁸ y con ello la decisión inquebrantable de consumir un hecho para penarlo, tal circunstancia obliga entonces a prescindir de la posibilidad de un desistimiento eficaz de la tentativa.

Miren, retomemos el tema del delito continuado cometido en grado de tentativa, que se presenta difícil porque imposibilitaría el desistimiento de la

²⁶ Artículo 194. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²⁷ Artículo 20. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

²⁸ Desde 1946, Hans Welzel, afirmó la necesidad del dolo en la tentativa de la siguiente manera: “Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado” (Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 224).

tentativa en los sucesivos actos consumativos –después de la primera consumación, vaya-, de la misma forma la tentativa inacabada que sanciona la ley penal, impediría la posibilidad de un desistimiento eficaz. Esta es la razón fundamental por la que no comparto la sanción contra la inacabada.

No, no comparto que sea punible la tentativa inacabada, menos ostentando el mismo quantum de la pena que la acabada. Además del motivo expuesto en el párrafo anterior, y aunque los articulados referentes a la individualización judicial de la pena exijan valorar el grado de aproximación a la consumación del delito (artículo 78 del Código Penal para la Ciudad de México), de cualquier manera el mínimo está fijado para acabada e inacabada y de ahí para abajo no puede pasar el juzgador, luego entonces, puede ser igualmente penada una tentativa acabada que una inacabada.

Ahora bien, sabemos que si durante la tentativa se consumaron otros tipos, bien pueden ir en concurso real o ideal. Cabe coautoría y participación quienes deben reunir al igual que el autor los elementos subjetivos que en su caso exija el tipo.

Bueno, para distinguir si realmente ya existe tentativa inacabada o solo actos preparatorios, la mejor manera es identificar si se realizaron actos ejecutivos o del verbo rector del tipo para que pueda ser llamada tentativa inacabada, porque si esos actos parciales no son determinantes o ejecutivos, entonces deberán ser considerados como actos preparatorios, que son desde luego impunes.²⁹

²⁹ Enrique Diaz Aranda sostiene que, “sólo los actos de ejecución son punibles, pero en algunos casos también lo pueden ser los actos preparatorios, como sucede con la portación de arma prohibida (artículo 160 Cp.) o la mera falsificación de las planchas para la fabricación de billetes (artículo 241, fracción IV)” (Diaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, p. 193); sin embargo, es necesario distinguir entre un acto preparatorio y uno típico, pues los dos ejemplos del penalista no son de ninguna manera actos preparatorios, sino tipos penales autónomos, como lo es el homicidio, lesiones o el uso del arma para un robo; lo mismo para las placas, su falsificación es la conducta típica, independientemente de su uso.

2.2.6 Tentativa acabada eficazmente desistida

El desistimiento produce impunidad y solo puede desplegarse a nivel de tentativa, sea acabada o inacabada. El fundamento legal lo encontramos en el 21, relacionado con el 20 del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

ARTÍCULO 21 (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.”³⁰

Así como la tentativa debe ser dolosa, también el desistimiento es doloso, pues debe estar revestido del *conocer y querer* del activo para abortar su deseo y frustrar su conducta que finalmente sería típica,³¹ y en su lugar, regresar al camino de la juridicidad. Si su voluntad para respetar el bien jurídico protegido por la ley está viciado por motivos diferentes a la juridicidad, no debe ser considerado un desistimiento eficaz, en este último caso, como se verá en apartados adelante, sí deberá ser punible.

La juridicidad en el desistimiento tiene sus recovecos, pues si la tentativa es dolosa, y como vemos, se analiza a nivel de tipo, el desistimiento de la tentativa

³⁰ Artículos 20 y 21. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

³¹ Sobre el particular Jescheck expresa que, “En la tentativa acabada, también el desistimiento requiere voluntariedad (Jescheck, Hans, *op. cit.* p. 495).

también. He tratado de purificar al dolo –todavía sin lograrlo- de cualquier resquicio de conciencia de la antijuridicidad, para no contaminarlo con la culpabilidad. Sostengo entonces que el dolo debe mantenerse inmaculado de la conciencia de antijuridicidad, debe ser extirpado por completo de la culpabilidad y fijarlo seriamente a nivel de tipo, lugar en el que no debería existir juicio de reproche. En este tenor, el desistimiento también debe mantenerse a nivel de tipo y puro de la conciencia de la juridicidad o antijuridicidad del hecho, pues, si el desistimiento se realiza por un acto consciente de juridicidad, habría que sacar al desistimiento del tipo y colocarlo a nivel de culpabilidad, con todo lo que ello implicaría.

El elemento negativo de la tentativa es el desistimiento, y por tanto debe estar a nivel de tipo.

El desistimiento es una conducta personal y solo le beneficia al que la despliega, esto significa que en casos de coautoría y participación, sabiendo que cada persona responde penalmente por su aporte reprochable, también cada persona se beneficia individualmente por anular la conducta aportada en la coautoría y participación. No se le exige neutralizar la conducta del total de los intervinientes, solo la de sí mismo, aunque en la mayoría de las coautorías, por ser funcional la aportación de cada coautor, y por reunir la característica del dominio del hecho, en ese caso, todo coautor también tiene dominio de frustrar el hecho en su totalidad. Esta es una manera también de verificar si un sujeto es coautor o partícipe, deduciendo respecto de su dominio del hecho, en contrario sensu, si tiene también el dominio para impedir que el hecho sea consumado.

En el caso de los partícipes, podría discutirse respecto a que, al no tener dominio funcional de hecho, entonces tampoco podrían tener dominio para su frustración; sin embargo, lo que sí les exige el desistimiento es neutralizar su aportación. En los casos en los que fácticamente su aportación ya no sea posible neutralizar, a mi parecer, como en la autoría, responder por el hecho consumado por ser un desistimiento malogrado.

El desistimiento puede ser desplegado mediante una acción o una omisión. En el primero, una nueva conducta para evitar el resultado típico; el segundo, omitiendo las conductas restantes o necesarias que deberían producir el resultado prohibido.

2.2.7 Tentativa acabada ineficazmente desistida

La descripción típica de la tentativa ineficazmente desistida la podemos encontrar en los mismos preceptos, pero en cuanto al desistimiento, debemos interpretarlo a contrario sensu para que sea ineficaz:

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”

A contrario es como debemos leer el siguiente artículo:

“ARTÍCULO 21 (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.”³²

En el apartado anterior dijimos que el desistimiento de la tentativa debe ser igualmente voluntaria, pues así como toda tentativa es dolosa, su desistimiento debe reunir las características del dolo, pero a la inversa, esto es, que el activo

³² Artículos 20 y 21. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

decida finalmente no realizar la conducta, la cual, por cierto, está descrita en un tipo.

La palabra espontáneo es la que debemos leer en sentido contrario, porque para que se produzca un desistimiento ineficaz, es indispensable que sea voluntario, no importa si de propia iniciativa y de si un tercero convenció al activo, ni siquiera es importante que el tercero haya determinado al autor o partícipe para que se desistiera, solo es necesario que el activo decida conscientemente que ya no se consume el hecho típico.

Pero es ineficaz si el desistimiento se produce por motivos diferentes al deseo de ya no lesionar o poner en riesgo el bien jurídico. Es lo ineficaz donde debemos abundar.

Primero, me parece que la tentativa ineficazmente desistida no se refiere necesariamente al malogrado, pues debemos dejar claro que el desistimiento malogrado ocurre cuando la voluntad del activo es impedir la consumación, sí, y no es exitosa por causas materialmente ajenas; mientras que el desistimiento ineficaz tiene dos aspectos, uno, que objetivamente el activo quiere frustrar la consumación –igual que el malogrado-, y segundo, a decir de algunos doctrinarios, que es el camino de la legalidad lo que le motiva a desistirse, cosa subjetiva que no necesariamente contempla la definición de un desistimiento malogrado.

¿Es importante ver si los motivos que llevaron al agente a ya no consumir el hecho es regresar al camino de la legalidad? Es peligroso, pues en tal caso entramos más al ámbito de la conciencia de antijuridicidad del hecho a nivel de culpabilidad, cuando el desistimiento es a nivel de tipo, sin embargo, sí debe existir un elemento subjetivo para el desistimiento, como lo es el dolo para la tentativa, esto es, el conocer y querer ya no consumir un hecho, luego entonces, si simplemente quiere evitar la consumación porque considera que no están dadas las condiciones de seguridad, beneficio o los alcances deseados para consumir el hecho como el activo hubiera querido, pero que de encontrarse en mejores condiciones, sí lo consumiría, en ese caso sí podemos encontrarnos en un

desistimiento eficaz. Esto último es el segundo punto relevante a analizar sobre lo eficaz e ineficaz, que no mezclemos la conciencia de la antijuridicidad del hecho con estos términos.

Ahora bien, aquí viene el niño travieso cuya fragancia permea en toda la teoría del delito: la diferenciación entre dolo y conciencia de la antijuridicidad. Este tema que anda cumpliendo un centenar de años de nueva cuenta nos puede meter en aprietos en el desistimiento eficaz o ineficaz.

Una lectura somera indebidamente podría decir que, es eficaz, si el desistimiento es con la intención de regresar al camino de la juridicidad; e ineficaz si no es con el propósito de vivir en la legalidad, sino porque sí quiere consumar el delito pero su conducta delictiva ya no reúne los alcances de seguridad o esperanza delictual anhelados. Decirlo de esta manera nos sitúa mucho más en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad del hecho a nivel de culpabilidad que en el dolo que se regula a nivel de tipo, como la tentativa y su desistimiento.

Pero reitero, si la tentativa es dolosa, por tanto el desistimiento también reúne a la inversa las características del dolo, entonces el desistimiento eficaz o ineficaz no pueden fundarse en la conciencia de la antijuridicidad del hecho, no podemos decir que es eficaz si opera en el ser, en la ética del activo una conciencia de antijuridicidad, sino que solo opera a nivel de tipo doloso, esto es, lo eficaz -reitero repetidamente adrede- debe fundarse a que el activo simplemente desiste de su conducta objetiva porque no quiere realizar ya el hecho, sin importarle o incluso sin conocer si ella es ilícita y logra evitar la consumación. Y la ineficaz porque los motivos que lo llevaron a desistirse tampoco tienen que ver con la conciencia de la antijuridicidad, sino porque quiere encontrar mejores condiciones para su consumación o abandonó su propósito por cualquier motivo, pero finalmente sin su deseo se consumó. Recordemos de nueva cuenta que, el elemento negativo de la tentativa es el desistimiento, y ambos son a nivel de tipo.

Podríamos sujetar a un riguroso y casi fariseo análisis del uso de la palabra *espontáneo*, y decir que la voluntad del activo en el desistimiento eficaz o ineficaz

es verdaderamente voluntario –significado de espontáneo-, pues de no ser así, no habría desistimiento, pero creo que el contexto es comprensible a todas luces, pues con ello se quiere decir que el ánimo del activo autor o partícipe de desistirse no es impuesto sino que se genera desde su ser el que ya no se consume el hecho por motivos analizables a nivel de tipo.

Veamos un ejemplo: no es lo mismo que me desista de cometer un delito porque ya no quiero que se consuma, a no cometerlo porque puedo ser descubierto. El primero es un desistimiento eficaz e impune, el segundo es ineficaz y punible.

Ahora bien, Jescheck sostiene que “el desistimiento debe, además, *tener éxito*: si a pesar de la iniciativa contraria del autor se produce el resultado, aquel continúa siendo responsable por el delito consumado”.³³

A mi parecer, en los casos de desistimiento ineficaz de tentativa acabada – o al menos la inacabada-, debería recibir el tratamiento punitivo equivalente al del delito culposo.

2.2.8 Tentativa inacabada eficazmente desistida

De nueva cuenta nos situamos en la tentativa inacabada, pero eficazmente desistida, y su fundamento es el mismo antes ya recitado del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

³³ Ídem.

ARTÍCULO 21 (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.”³⁴

Aquí debemos traer los mismos elementos que ya hablamos antes de la tentativa inacabada, la única diferencia es que en este caso fue desistida e impune por haber sido frustrada la consumación por la voluntad del interviniente –autor o partícipe- de manera espontánea, esto es, de manera voluntaria por el simple hecho de que ya no quiso consumir la conducta, y sus motivos fueron simplemente el deseo de ya no lesionar o poner en riesgo un bien jurídico ajeno.

Como digo, de nueva cuenta recurriremos a las reglas ya mencionadas en cuanto a que debe la tentativa ser parcial, lo que implica que el interviniente solo realizó la conducta de forma parcial, y que espontánea o voluntariamente haya decidido neutralizar su aportación. Si es coautor, tuvo dominio del hecho, por tanto, debe tener dominio para neutralizar su aportación, de no ser así, seguirá las reglas del desistimiento ineficaz. Si es partícipe, basta con que inhiba su aportación, aunque finalmente le sea imposible evitar la consumación. En tales condiciones, como la medida de seguridad se funda en el injusto, esto es, en una conducta típica y antijurídica,³⁵ aunque haya sido consumado, el partícipe quedará exento de responsabilidad penal, incluso, exento de que se le imponga medida de seguridad, pues su desistimiento elimina el tipo personal y por tanto, entonces, el partícipe no puede ser objeto de una medida de seguridad.

Octavio Alberto Orellana utiliza la expresión arrepentimiento en lugar de desistimiento, y al proponer un ejemplo de desistimiento de homicidio expresa: “El Código Penal Federal regula el arrepentimiento en la tentativa diciendo ‘si el

³⁴ Artículos 20 y 21. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

³⁵ La palabra *Injusto*, como dice Zaffaroni: “Presentes las dos primeras características del delito (tipicidad y antijuridicidad), denominamos *injusto* a la conducta que las ofrece (sin que la expresión tenga nada que ver con el derecho natural, pues es traducción de la voz alemana *Unrecht*). Consecuentemente injusto es una conducta típica y antijurídica”. (Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho penal, parte general*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p.30).

sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito y de ser así, no se impondrá pena, ni medida de seguridad, salvo que los actos ejecutados u omitidos constituyan por sí mismo delitos, como sería el caso de que portara arma de fuego prohibida para matar a su enemigo, y desistiera de la muerte no se configuraría la tentativa del delito de homicidio, pero el delito de portación de arma ya se cometió”.³⁶

Efectivamente está consumada la portación de arma, sin embargo durante el ejemplo da a entender que es desistimiento ya no dar muerte al enemigo, sin embargo, para que haya desistimiento, es necesario que haya dado inicio a la tentativa (de homicidio), y con la sola determinación e incluso la portación, no se da inicio a tentativa alguna, ni acabada ni inacabada, porque no ha realizado actos ejecutivos del tipo para desistirse. El ejemplo de desistimiento en el uso de un arma es materialmente imposible, pues para ello sería necesario que dirigiera la detonación del arma hacia la víctima y antes de que lo impactara obstruir la bala para no lesionar a la víctima, pero tal cosa sueña en términos forenses imposible.

2.2.9 Tentativa inacabada ineficazmente desistida

Volvemos a verificar en la tentativa inacabada ineficazmente desistida el articulado que la regula, y sus reglas:

“ARTÍCULO 20 (Tentativa punible). 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”

A contrario, otra vez interpretemos la espontaneidad:

³⁶ Orellana Wiarco, Octavio A., *Curso de Derecho penal, parte general*, 3ª. ed., Porrúa, México, 2005, p. 407.

“ARTÍCULO 21 (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.”³⁷

Ya se dijo apartados antes los alcances de la espontaneidad, que se refiere a elementos que construyen el dolo, el conocer y querer realizar una conducta – que no conciencia de antijuridicidad-, pues el activo debe voluntariamente, conociendo y queriendo desistirse de la consumación, pero es ineficaz si los motivos de su desistimiento parten de motivos ajenos a respetar el bien jurídico, sino que el desistimiento en estos casos se debe a que decide voluntariamente desistirse porque no encuentra las condiciones pretendidas o necesarias para su consumación, incluso porque corre peligro de ser descubierto y aprehendido.

Para lo anterior, es necesario que ya haya dado inicio al tipo, y considero que para que sea tentativa, al menos debió dar inicio al verbo rector del tipo o los actos ejecutivos, de lo contrario, si da inicio a otras conductas necesarias pero no determinantes para consumir el hecho, esas conductas deben ser tomadas como meros actos preparatorios, que son desde luego impunes.

Es también importante retomar en este lugar algunos de los comentarios vertidos en cuanto a la tentativa acabada ineficazmente desistida para incorporarla a este debate.

³⁷ Artículos 20 y 21. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

CAPÍTULO TERCERO

LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL TIPO PENAL

Nuestro Derecho penal reconoce diferentes formas de intervención: Autoría, coautoría, autor mediato, cómplice, inductor y encubridor.

La Clasificación Jurídica incorpora la necesidad de identificar la manera en la que interviene cada activo para saber qué reglas punitivas imponerle a partir de sus características dogmáticas.

3.1 Formas de autoría

Las formas de autoría están descritas en el 22 del Código penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

...

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, solo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, solo son admisibles en los delitos dolosos. Para las

hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.”³⁸

Todos los que son parte de la autoría reúnen características similares, y la más importante es el dominio del hecho. Roxin expresa con firmeza, que “Pero ante todo la denominación ‘dominio del hecho’ es la que mejor satisface el concepto general de autor que aquí se mantiene”.³⁹ Este dominio significa a grandes rasgos que está en sus manos que se consuma la conducta, y por tanto, también está en sus manos que no se realice el tipo.

Para explicar la coautoría, la división del trabajo no es una buena manera para describirla (ni la coautoría ni la mediata), porque un partícipe también forma parte de la distribución del trabajo, pero no por ello reúne la exigencia del dominio del hecho.

En los delitos culposos no puede presentarse coautoría ni autoría mediata, porque en las conductas imprudentes el reproche es personal, y solo puede haber delito culposo atribuido a una sola persona, mientras que la coautoría y la autoría mediata requieren de otra persona realizando una conducta con características de coautor.

En caso de que haya sido la conjunción de varias conductas culposas producidas por más de una persona, las cuales produjeron un resultado típico, ese concurso de conductas no son reprochables a los activos como coautores, y si se produce un resultado típico, se deberá verificar si la conducta culposa aislada de uno o de otro fue suficiente para producir un resultado, y de no ser así, si esa conducta separada culposa no era suficiente para consumar un hecho típico, entonces no es imputable al activo el hecho aunque se haya producido.

De ahí que no puede haber codominio del hecho en los delitos culposos donde se suman dos conductas imprudentes para producir un resultado típico. En esos casos, es también indebido decir que la responsabilidad es por el peligro que

³⁸ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

³⁹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, 6ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 366.

hayan generado cada uno de los intervinientes por separado, puesto que sostener tal cosa es como afirmar que la puesta en peligro de un delito de lesión puede ser atribuido culposamente, cosa inadecuada, porque quebrantaríamos la regla penal que sostiene que toda tentativa es dolosa, y de ninguna manera puede ser culposa. En estas conductas sumadas se debe prescindir de la responsabilidad penal, y resolver como un hecho de fuerza mayor.

Debo pronunciarme por el encubrimiento por receptación y por favorecimiento, cuyas conductas sí deben estar tipificadas como autoría, pero probablemente debieron usar otro término diferente al encubrimiento, pues en el lenguaje y la tradición jurídica el encubrimiento debería ser usado para la participación y no para la autoría. También es menester decir que en el Código Penal para la Ciudad de México se enciman conductas o hay hipótesis reguladas tanto en el encubrimiento por receptación como en el de favorecimiento, y al mismo tiempo, algunas de esas conductas pueden ser consideradas como formas de participación en un encubridor.

También está regulada la autoría indeterminada y ésta se refiere a la imposibilidad de verificar el grado de aportación de los intervinientes para producir un resultado, y por tanto no es posible saber quién o quiénes fueron autores y quienes partícipes, en tales casos, a todos les es impuesta la pena de la participación (en la Ciudad de México), pero se les da un tratamiento como coautores del hecho.

Esto me parece grave, puesto que no son las mismas reglas para la autoría que para la participación, y con ello, en lugar de resolver basados en la presunción de inocencia y la duda razonable en beneficio del reo, en su lugar a todos se les trata como coautores, con pena atenuada. Comprendo que no se les puede tratar a todos como partícipes, pues toda participación requiere forzosamente la presencia de autoría, pero imputarles a todos las características de la coautoría rompemos reglas aplicables a delitos de propia mano, donde solo si se reconoce la calidad personal será autor, pero si no, así sin más, partícipe; también quebrantamos el principio de culpabilidad personal e incluso el de la ley más

favorable, que aunque sea igual la del indeterminado a la del partícipe, entre ser coautor a ser partícipe, puede traer otras complicaciones en concurso de delitos, concurso de leyes o delitos continuados en distintas competencias territoriales. Es más, porque la dignidad nunca se pierde, ni muerto, la dignidad como persona humana en caso del partícipe, que considera preferible confesar que solo participó pero que no consumó algún hecho deleznable. En fin, la autoría indeterminada debería en todo caso dejar de llamarse autoría y mejor identificarla como intervención indeterminada.

3.1.1 Autoría directa

Fundada en el artículo 22 del Código Penal para la Ciudad de México, la autoría directa se regula de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;⁴⁰

La autoría directa es perpetrada por una persona física o moral, con o sin aportación de partícipe. El autor debe reunir las características que exige el tipo en caso de requerirse una calidad personal, aunque no la tenga el partícipe.

Tiene pleno dominio del hecho, por tanto, está en sus facultades la consumación, el desistimiento de la tentativa personal pero también del hecho, de ahí que tiene dominio sobre él.

El autor directo también puede ser el instrumento del autor mediato, pero a diferencia de éste, el directo tiene a su alcance hacer valer alguna causa de atipicidad, justificación o exculpación, en caso de haber sido instrumento.

⁴⁰ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

El autor directo puede consumir su conducta por acción, omisión simple y comisión por omisión, pero no por omisión dolosa, así conocida para la participación, como más adelante describiremos.

Los delitos de omisión simple o comisión por omisión solo son imputables a un autor directo cuando le es exigible un deber jurídico de actuar, por tanto, reúne una calidad de garante forzosamente, la que nace de un actuar precedente – doloso o culposo-, o por una disposición legal o contractual.

Por otra parte, las personas morales pueden tener o no personalidad jurídica; las que no la tienen, son aquellos grupos de personas que dentro de la legalidad, realizan obras o actividades en común, bajo una estructura organizacional; podrían ser las sucesiones, las agrupaciones religiosas –que no asociaciones religiosas-, agrupación de vecinos, comerciantes, ambulantes, comunidades ejidales no constituidas legalmente pero sí organizadas, donde si bien no son personas jurídicas propiamente dichas, sí son ficciones jurídicas reconocidas por la ley o son agrupaciones, como dije antes, estructuradas y organizadas con determinado fin u objeto social.

Rafael Márquez Piñero relata la antigüedad de la responsabilidad penal de las personas morales al decir que, “la más antigua ley de que se tenga memoria, el Código de Hammurabi (consúltese el tema 3, secciones 1 a 5), conoció la responsabilidad colectiva para ciertos delitos, lo que ocurrió también al derecho griego; por contraposición, Roma admitió sólo la responsabilidad individual... En el derecho germánico tiene gran vigor la responsabilidad colectiva. En la Edad Media, concretamente en España, se dio la práctica de las pesquisas generales o cerradas contra los consejos municipales. En el derecho canónico se utilizó en esa época el llamado *interdictum locale*... La responsabilidad colectiva prevaleció hasta el siglo XIX en Montenegro, en Turquía hasta la mitad del mismo siglo. En la misma Francia hasta 1884, estuvo vigente una ley mediante la cual se castigaba

con multa a favor de la República a los habitantes de los comunes, por su participación en alteraciones del orden público o motines.”⁴¹

En nuestra legislación penal está regulada una figura de encubrimiento como forma especial de autoría, me refiero al encubrimiento por receptación. Debió denominarse de otra manera y seguir sancionando la misma conducta típica, pues por cuestiones de lenguaje y tradición jurídica, el encubrimiento es característico de la participación.

A decir de Bacigalupo, “una variedad de la teoría objetiva es la teoría del dominio del hecho, que puede considerarse como una teoría materia-objetiva... La teoría del dominio del hecho fue introducida en la dogmática hispano parlante por Luis Jiménez de Asúa (El criminalista, 2da. Serie IV, 1960 pp. 184 y ss.). Su elaboración se debe a Welzel (Studien zum System des Strafrechts, en ZStW, 59 (1939) pp. 491y ss.)”⁴²

Finalmente, el autor puede actuar con dolo directo, eventual, culpa simple y culpa consciente, haciendo notar que la culpa inconsciente no forma parte de nuestra regulación penal.

3.1.2 Coautoría

La coautoría por su parte está regulada en la fracción II del artículo 22 del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;”⁴³

La coautoría exige la presencia de dos o más autores, personas físicas o morales. Pueden ser coautores una empresa y una física. Ambos entes tiene

⁴¹ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal, parte general*, 2ª. ed., Trillas, México, 2001, p. 147.

⁴² Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 182.

⁴³ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

dominio del hecho y es funcional, esto significa que la suma de las conductas o funciones producen el resultado típico. Esto no significa que necesariamente los coautores deban realizar el verbo rector del tipo o la conducta ejecutiva, pero sí que la función de cada una sea indispensable para consumir el hecho.

Si el tipo exige una calidad personal, entonces es necesario que los coautores, todos, la tengan. De la misma manera es necesario que todos los coautores actúen dolosamente, y además, si el tipo lo exige, todos deben obrar con los elementos subjetivos específicos.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las personas morales solo pueden obrar en los delitos que estén catalogados en las legislaciones penales (artículo 421), gracias a una reforma de 2016, y el Código Penal para la Ciudad de México dispone que todas las personas morales, con o sin personalidad jurídica podrán realizar indistintamente todos los tipos penales que obran en el código. Las únicas personas jurídicas que están exentas de responsabilidad penal son las estatales, así lo dispone el 27 Bis, último párrafo del Código Penal para la Ciudad de México y el 421 párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Se entienden los motivos de política institucional para no poder imputar responsabilidad penal a las entidades estatales, sin embargo, habría que hacer algunas observaciones:

Es una excusa absolutoria el no responsabilizar penalmente a las entidades estatales, pero sí puede existir coautoría donde un ente estatal es coautor, pero no se impone pena, aunque sí cabría medida de seguridad porque ésta se funda en el injusto.

Aunque pareciese que la prohibición para atribuir responsabilidad penal a un ente estatal es un elemento del tipo por la calidad personal analizada a contrario, que impide atribuir reproche penal a un ente estatal, no es así, pues las excusas absolutorias están un paso después de la culpabilidad. Con esto podemos decir que, un ente estatal sí estaría cometiendo una conducta típica,

antijurídica y culpable, pero estaría beneficiada por una excusa absolutoria, por ello sí puede presentarse coautoría entre un ente estatal y cualquier otra persona física o jurídica.

Los entes estatales también pueden ser instrumentos de un autor mediato, ya sea que siendo instrumento realice una conducta típica, o típica y antijurídica, o típica, antijurídica y culpable.

En las empresas de participación estatal minoritaria, también puede existir responsabilidad penal para el ente, pero solo recibirá condena la que no es persona estatal.

Evidentemente un ente estatal puede realizar no solo una conducta de acción, sino también de omisión simple, comisión por omisión y omisión dolosa como partícipe cómplice, pero en tales supuestos solo puede recibir una medida de seguridad.

¿Puede existir coautoría de un delito, y participación en otro, unidos por concurso real? Por supuesto, por ejemplo, en un robo hormiga en el cual, el día uno, dos y tres dos sujetos se meten a una tienda a robar y el cuarto día son sorprendidos en flagrancia. Ya estando en la calle, uno de ellos le entrega su cuchillo a su compañero ladrón que quiere regresarse a lesionar al dueño de la tienda, mientras él huye sin presenciar la contienda. En ese caso, son coautores de robo y en las lesiones uno es autor y el que entrega el cuchillo partícipe.

Ahora bien, el principio de prohibición de regreso dilucida la no responsabilidad que puede existir en un sujeto que realiza una conducta lícita, pero que por sus condiciones propias es aprovechada por un tercero para cometer un ilícito. Bernardo Fijóo Sánchez relata, “Jakobs considera que la problemática de la que se ocupa la ‘prohibición de regreso’ tiene plena actualidad: en la vida actual, debido a la estrecha relación de la vida en sociedad, cualquiera puede ‘estirar’ o aprovecharse de la conducta correcta de otro del que carecía anteriormente. Ejemplifica su teoría con algunos ejemplos como éstos: El deudor

paga el dinero adeudado. El acreedor que cobra lo utiliza para la preparación o comisión de un delito.”⁴⁴

3.1.3 Autoría mediata

El Código Penal para la Ciudad de México establece en cuanto a la autoría mediata:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento,”⁴⁵

En este caso, es autor mediato quien no realiza la fase ejecutiva del tipo, ni el verbo rector del tipo, sino que utiliza a otra persona física o moral para su concreción.

El autor mediato puede utilizar a su instrumento de las siguientes maneras:

- a. Mediante la coacción;
- b. Haciéndola incurrir en un error –de tipo o de prohibición-;
- c. Valiéndose de la imputabilidad de éste, o
- d. Por medio de organismos organizados de poder.

La coacción evidentemente inhibe la voluntad del instrumento, entonces éste no actúa dolosamente. A mi parecer, el instrumento no puede actuar culposamente, ni con culpa simple, ni con culpa consciente, porque el instrumento debe realizar conociendo y queriendo, aunque sea por coacción, consumir el hecho.

El instrumento puede actuar bajo un error de tipo o de prohibición, ventaja provocada y aprovechada por el autor mediato. A diferencia del inductor, el autor mediato influye en la determinación del autor directo pero viciado por un error,

⁴⁴ Feijóo S., Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Ángel Editor, México, 2002, p. 55.

⁴⁵ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

cosa que no puede acontecer en la participación como inductor. Sobre este particular, considero que el autor mediato y el instrumento debe obrar dolosamente –directo o eventual-, primero, porque ya sostuvimos que el mediato sin duda solo obra con dolo, y en lo que respecta al instrumento, si obra culposamente romperíamos la regla de la coautoría -al fin y al cabo, el mediato es coautor-, la cual toda es dolosa, y además, considérese que no puede obrar culposamente porque si el instrumento obra por descuido –culposo-, el actuar imprudente del instrumento sería reprochable a otra persona, al autor mediato, cosa que no es admisible para delitos culposos.

El autor mediato también puede instrumentalizar a una persona con inimputabilidad total o parcial para que consuma un hecho. En este caso, considero que el autor mediato puede instrumentalizar a una persona que tenga una inimputabilidad disminuida incluso por un estado de emoción violenta, momento en que el mediato, en lugar de ser inductor, se convierte precisamente en autor mediato. Generalmente la doctrina solo reconoce instrumentalizar a un inimputable total, menor de edad o sin capacidad total para comprender el hecho, pero sí creo que debe también admitirse la inimputabilidad disminuida en todas sus posibilidades.

El uso de organismos organizados de poder por parte de un autor mediato puede ser sobre instituciones jurídicas o sobre grupos de personas organizadas, del derecho público o privado, organizaciones lícitas o ilícitas, en la inteligencia de que una persona jurídica puede ser el instrumento de un autor mediato. En todos los casos se debe acreditar el mando sobre los instrumentos.

Independientemente de que el autor mediato sea penalmente responsable, puede también resultar culpable el instrumento por su conducta dolosa, se beneficie o no por alguna atenuación de culpabilidad como la emoción violenta, inimputabilidad disminuida, etcétera.

Una persona moral también puede ser autor mediato, como de la misma forma puede fungir como el instrumento.

El autor mediato puede obrar bajo una tentativa o desistimiento de tentativa, siempre y cuando el instrumento dé inicio a la acción ejecutiva del tipo.

El autor mediato debe actuar dolosamente, y en su caso, reunir los elementos subjetivos específicos. El instrumento puede actuar dolosa o culposamente.

A decir de Rubén Quintino, “los así llamados, ‘delitos de propia mano’, no admiten configurarse mediante autoría mediata. Finalmente se complica concebir la autoría mediata en casos de omisión simple, o en casos de comisión por omisión.”⁴⁶

El mismo autor resalta la congoja de Claus Roxin y lo cita, cuando en 1963, “creó la idea de ‘autoría mediata a través de organismos organizados de poder’...Sin embargo, el artículo fue rechazado por la revista. Al respecto comentó Claus Roxin: ‘fue la única vez que ocurrió algo semejante en toda mi carrera de jurista y escritor.’”⁴⁷

Tan común como quienes utilizan a un menor de doce años de edad, aprovechándose de su inimputabilidad para cometer un delito, por ejemplo, un robo a comercio, escondiendo el producto en el interior de sus prendas y al salir por los arcos de seguridad suena la alarma. El adulto es autor mediato y debe responder jurídico penalmente con la siguiente clasificación jurídica:

Robo a comercio consumado instantáneamente donde intervino el autor mediato en forma de acción dolosa.

3.2 Formas de participación

Son partícipes el cómplice, el inductor y el encubridor. El artículo 22 del Código Penal para la Ciudad de México los regula de la siguiente manera:

⁴⁶ Quintino, Rubén, *Cómo clasificar un hecho*, Viento y Balsa, México, 2017, p. 19.

⁴⁷ Quintino, Rubén, *Tratado de Derecho penal*, tomo IV, Viento y Balsa, México, 2017, p. 259.

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

...

II. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

III. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

IV. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, solo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, solo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.”⁴⁸

La participación tiene algunas reglas que están expresadas ya en la descripción legal, como la necesidad de que la instigación, o también conocida como inducción, y la complicidad, deban ser necesariamente dolosas, esto es, la participación solo es dolosa.

La principal diferencia entre las formas de autoría y la participación, es el dominio del hecho, pues como sostiene Orellana, “partícipe es el que coopera o auxilia en la realización del tipo pero que no tiene ‘dominio del hecho’ como sí lo tiene el autor”.⁴⁹

En el último párrafo del artículo que nos ocupa, considera que el partícipe encubridor sí puede actuar culposamente, y esto responde más a política criminal

⁴⁸ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁴⁹ Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 414.

que a las reglas dogmáticas de la participación. Esto es, la teoría del delito se ha mantenido firme en cuanto a que toda participación es dolosa, pero nuestro articulado admite el encubrimiento como una forma de participación.

En apartados anteriores ya contemplamos la existencia del encubrimiento como forma especial de autoría; bueno, ahora, la única manera de describir el tipo de encubrimiento sería llamándole forma especial de participación. También hemos dicho que hay hipótesis en las que concurren conductas del encubrimiento por receptación, encubrimiento por favorecimiento y el encubrimiento como participación. Las dos primeras son a nivel de autoría, la tercera, propiamente participación.

3.2.1 Inducción

Determinar a otra persona a realizar el hecho, es como lo describe nuestro código penal en uso:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

...

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo,”⁵⁰

Para determinar a alguien es influir a tal grado que convence a otra persona a consumir un hecho del que no estaba resuelto a cometer. Si ya estaba convencido el autor, entonces ya no hay inducción por parte del incitador.

Jiménez de Asúa pide que “los actos del instigador han de ser perfectamente esclarecidos. Su actividad consiste en determinar a otro, es decir, en mover su voluntad”.⁵¹

⁵⁰ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁵¹ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.* p. 342.

La inducción o incitación solo es dolosa, pero si utiliza el error para determinar a otro a cometer un hecho ilícito, entonces deja de ser inducción para convertirse en autor mediato; lo mismo acontece si el inductor determina a una persona con imputabilidad nula o disminuida, aunque la doctrina no tiene consenso sobre esto, la imputabilidad parcial.

Por supuesto que la mejor defensa y salida de un autor mediato es la inducción, primero, porque pierde la calidad de coautor, y queda como partícipe, y si sucede como en la Ciudad de México, donde no está regulada la punibilidad para el incitador-inductor, entonces su conducta queda impune; segundo, porque si demuestra que el supuesto instrumento no actuó por coacción, inimputabilidad, error, pero sí existe jerarquía de mando entre el autor mediato y el instrumento, la defensa del mediato puede situar su argumento desde la participación, alegando que ninguna orden notoriamente antijurídica es vinculatoria.

El hecho de que algunos códigos estatales regulen penas a la inducción similares a las de autoría, evidentemente inobserva el principio de culpabilidad, y las exigencias dominales del autor. No, la inducción no debe tener una pena superior a la de un partícipe, porque es el lugar en el que mejor se ubica.

En una persona se puede reunir dos o más formas de participación, pero no se añaden las conductas como concurso, sino solo impone la pena mayor de su participación, esto es, un inductor puede después ser cómplice, y finalmente partícipe encubridor.

Lo mismo ocurre con un inductor que interviene como coautor, tampoco se concursan las formas de intervención, sino solo se impone la de mayor punibilidad, algo similar a lo que acontece con delitos de la misma naturaleza, donde se impone la pena del mayor.

Y como no hay tentativa culposa, de la misma manera tampoco hay participación tentada.

Un ejemplo de inducción: a las dos de la mañana, mientras brindábamos a las afueras de su lugar de trabajo, determiné o convencí a un amigo ministerio público a omitir determinada actividad en ejercicio de sus funciones. Gracias a ello, una desconocida anciana quedó en libertad sin que se le iniciara una investigación por un delito de bagatela. Esa Noche Buena fue buena para los tres.

3.2.2 Complicidad

Otra forma de participación es la que ejecuta el cómplice, regulada como sigue:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

...

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y”⁵²

El cómplice solo dolosamente y en delitos consumados. Al igual que las otras formas de participación, puede existir en delitos de consumación instantánea, permanente o continuada.

Muñoz Conde señala que, “en común con todas las formas de participación tiene la complicidad que se trata de una contribución a la realización de un delito con actos anteriores o simultáneos a la misma que no pueden, en ningún caso, ser considerados como autoría.”⁵³

En este caso podemos encontrar posiciones contrastantes en cuanto a que si existe tentativa dolosa de participación en delito continuado, pues por una parte, sea para autoría o participación, se cree que no puede haber tentativa para delitos consumados continuadamente, porque impiden para la segunda y posteriores

⁵² Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁵³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 448.

conductas la probabilidad de desistimiento; y por otra, la que sostiene que sí es posible, manifestando que tanto la tentativa en el autor como el partícipe sí pueden obrar en el delito continuado, primeramente porque no quebranta las reglas de la tentativa que debe ser dolosa tanto en la autoría como en la participación, y segundo, porque mientras el autor o el partícipe hayan dado inicio a la ejecución de delitos continuados, para dejarlos inconclusos, y no hayan neutralizado su aportación, sea acabada o inacabada, entonces, bien puede considerarse una tentativa de delito continuado.

Pensemos en un ejemplo, en el cual, en una empresa, coautores y partícipes encuentran la manera de realizar varias conductas en diferentes momentos y que para su consumación solo necesitan la aportación de una última persona, tercero ajeno que al darse cuenta frustra la consumación. Precisemos más el ejemplo, diciendo que los coautores y partícipes en diferentes conductas realizan indebidos inventarios o cobros diarios, para que al final de mes con el cierre de caja realizado por un tercero, los intervinientes reciban ganancias superiores a los estipulados, causándole pérdidas a la empresa. Del ejemplo sabemos que sin duda existe tentativa, que es dolosa, que fue continuada, que intervinieron coautores y partícipes y que por tanto, se habría consumado hasta el cierre mensual de caja. Esto acontece con regularidad en bares, restaurantes y sucursales de tiendas. A eso se debe que, a mi parecer, aislado, estoy consciente, sí es viable la tentativa de delito continuado.

Si ser autor es el que realiza la descripción típica, entonces, si alguna vez entregué las llaves de mi departamento a un amigo para que fuera con su novia, y finalmente le impone la cópula, entonces, habré sido un ingenuo en la amistad, pero no autor ni coautor, ni partícipe, porque toda participación es dolosa.

3.2.3 Encubrimiento

Hay encubrimiento como forma especial de autoría, y también como forma especial de participación. Sobre esto ya abundamos en el apartado

correspondiente de la autoría. Pero veamos cómo se comporta el encubrimiento como participación en nuestra legislación. El artículo 22 del Código Penal para la Ciudad de México establece:

“ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

...

Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.”⁵⁴

Reúne también las exigencias de ser doloso y por supuesto también admite tentativa, pero es respecto de una conducta posterior a la consumación, esto es, para que exista esta forma de participación en grado de tentativa, es indispensable que se haya consumado el hecho, y la tentativa solo cabe respecto al esfuerzo de auxiliar al activo después de que haya consumado su hecho, siempre y cuando se demuestre del pacto previo a la consumación.

Pero el acuerdo previo, a mi parecer, puede darse antes de la consumación del hecho principal, como posterior a su consumación, sin embargo para este último es necesario que el encubridor al momento de realizar su conducta posterior a la consumación, ya esté enterado de la consumación del hecho previo principal. Algunos casos de encubrimiento por participación están regulados en el encubrimiento-autoría, sea por favorecimiento o receptación. La flagrancia es una de las maneras principales para distinguir una de otra, y con ella se comprende que la conducta del hecho principal no ha concluido, esto es, no ha terminado el hecho delictivo aunque la consumación haya sido instantánea.

A cuántos no nos ha tocado en un bar, por ejemplo, o una reunión, donde un amigo golpea a algún sujeto y luego de presenciarlo, otro le ayuda a su huida al transportarlo en su auto, tal vez con algún objeto robado. Si no son detenidos pues se habrá consumado el hecho principal (lesiones y robo), y la participación del

⁵⁴ Artículo 22. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

encubridor que auxilió aceptando tácitamente prestar la ayuda también se consumó.

Por supuesto que el encubrimiento también admite concurso real e ideal de delitos, pero no pueden concursar las formas de intervención, esto es, si dos son coautores, y después de la consumación, uno de ellos ayuda al primero a, por ejemplo, ocultar el hecho, o lo ayude a darse a la fuga, tales conductas son consideradas como parte del hecho delictivo en su calidad de coautores, de manera que la coautoría absorberá el encubrimiento, pues no podrá ser coautor y encubridor del mismo hecho delictivo.

En cuanto al encubrimiento, Rubén Quintino destaca dos elementos al decir que, “al igual que la inducción y la complicidad, el encubrimiento tiene las siguientes propiedades, dado que las formas de participación: a) siempre son accesorias a una determinada forma de autoría; b) son punibles siempre y cuando el autor del hecho principal hubiera consumado el resultado, o bien se hubiera quedado en tentativa punible de cometerlo.”⁵⁵

⁵⁵ Quintino, Rubén, *Cómo Fundamentar la Clasificación Jurídica*, primera edición, ed. Viento y Balsa, México, 2016, pp. 18 y 19.

CAPÍTULO CUARTO

LA NATURALEZA DE LA CONDUCTA TÍPICA

La naturaleza de la conducta también forma parte del tipo, que se construye de dos elementos fundamentales, la conducta y lo subjetivo.

La conducta para la autoría puede ser de acción, omisión simple y comisión por omisión. Para la participación puede ser realizada con cualquiera de las anteriores y además, la omisión dolosa, la cual es exclusiva para la participación del cómplice.

En la estructura propuesta por Rubén Quintino añade otro elemento – además de la omisión dolosa exclusiva para el cómplice, que no encuentro otra referenciada en la doctrina-, y se trata de la acción libre en su causa dolosa. La *actio libera in causa*, como veremos más adelante, aún no ha sido suficientemente debatida sobre su ubicación sistemática en la clasificación jurídica.

Además, algunos, como el que ahora escribe, creemos que sí puede existir una *actio libera in causa* culposa, pero ese debate es sencillo y de poca monta, lo relevante en la propuesta de Rubén es que se incorpore esta conducta junto a la acción, omisión y comisión por omisión, eso sí es lo novedoso, como ya veremos.

Por otra parte está lo subjetivo, concretamente el dolo y la culpa, independientemente de los elementos subjetivos diferentes al primero y que algunos tipos lo exigen.

En cuanto al dolo, es necesario purificarlo de cualquier conciencia de antijuridicidad del hecho. No es dolo cuando una persona quiere realizar un tipo penal, ni siquiera para un profano del Derecho que no conoce ni las medianas aproximaciones de los conceptos del tipo de forma natural, sino simplemente cuando quiere realizar una conducta que sin saber y sin representárselo, forma parte de un tipo penal.

Sé que se acostumbra una posición dolosa requiriendo un conocimiento aunque sea natural del tipo para realizar una conducta típica, pero si vamos a liberar toda conciencia de antijuridicidad del tipo, entonces debemos extirpar cualquier rastro para que quien cometa una conducta típica lo haga sin conciencia de antijuridicidad.

En cuanto a la culpa, en nuestra legislación no tenemos afortunadamente regulada la culpa inconsciente, solo la simple y la consciente con representación, porque la inconsciente no vale la pena tenerla presente a nivel de imputación.

4.1 Naturaleza dolosa

El dolo no es cosa que ya haya sido superada. Sigue generando disconformidades y ambivalencias en no pocos, que en mi caso sigo pensando que si desde Welzel vamos a sacar al dolo de la culpabilidad para traerla al tipo, entonces debemos restarle todo rastro de conciencia de antijuridicidad del hecho. Por ello el tipo del dolo lo describe de la siguiente manera nuestro Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.”⁵⁶

No estamos lejos de cumplir cien años, un siglo tratando de definirnos si al dolo le dejamos un poco de conciencia de antijuridicidad del hecho o ya de buenas a primeras deshacernos de ello por completo. Hoy, en tribunales, basta con usar expresiones como, que el activo conocía y quería realizar una conducta típica prohibida por la ley penal, pero tal simpleza nos exige hacernos a la idea de que el

⁵⁶ Artículo 18. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

activo usó su conciencia para cometer en particular un tipo, y tal cosa no es otra cosa más que tener conciencia de la antijuridicidad del hecho.

Ya no hagamos eso, dejémoslo en que el activo realice una conducta y que el juicio de tipicidad lo realicen los operadores del sistema. Entonces, dolo es, sí, el conocer y querer realizar una conducta objetiva, donde los operadores harán el juicio de tipicidad para encuadrarla, por tanto, no importa si el sujeto activo tiene conciencia de que está realizando una conducta típica o delictiva.

Podríamos añadir al debate si dolo es saber que se realiza una conducta culpable, o solo antijurídica –injusto-, o solo típica. El análisis de la conciencia de la antijuridicidad del hecho se encuentra en la culpabilidad, lo cual significa que la conciencia de antijuridicidad implicar conocer y querer realizar un injusto penal, es ahí donde valoramos el elemento ético no del dolo, sino de la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

Entonces, no es lo mismo querer realizar un injusto a querer realizar un tipo, es cierto, como tampoco es lo mismo querer realizar un hecho delictuoso a una simple conducta objetiva sin saber que es delictuosa.

Pero es necesario partir primero de lo que hoy es vigente, el cual consiste en sí querer realizar una conducta típica, así lo describe nuestros códigos penales para la Ciudad de México y el federal, esto es, nuestro derecho positivo vigente reconoce que, es dolo el conocer y querer realizar un tipo penal, bajo una comprensión estandarizada, comprensible para cualquier ciudadano, en incluso para un adolescente y para el parcialmente imputable. Esto significa que obra dolosamente solo aquel que conoce el tipo que quiere realizar y consume o tienta la puesta en riesgo del bien jurídico; aunque como ya lo dije, no estoy de acuerdo, porque como dije, el elemento ético pertenece a la conciencia de la antijuridicidad del hecho y no debe incumbir al dolo.

La naturaleza dolosa de la conducta puede desplegarse con dolo directo o eventual; el primero, exige que el activo se represente como seguro el resultado

típico; el segundo, el eventual, solo es necesario que se lo represente como algo probable y deseé su consumación.

Debe tenerse en cuenta que la tentativa y su desistimiento de tentativa siempre será dolosa, y por ello, considero que obra dolosamente también quien desea si no consumir el hecho, al menos tentarlo. Con esto pretendo decir, y diferenciarlo de la culpa consciente a la vez, que una conducta es dolosa si solo se desea tentar para desistirse a tiempo; mientras que la culpa consciente parte de una falta al deber de cuidado y que al darse cuenta del descuido y antes de que se consume el hecho realiza una segunda conducta para impedir el resultado, en tal caso no por eso deja de ser una culpa consciente. Ciertamente que en ambos casos de desistimiento y de culpa consciente “desistida” o mejor dicho, frustrada por el mismo activo, tiene la misma consecuencia penal, pero aunque así sea, vale la pena desde mi parecer diferenciarla.

4.1.1 Acción dolosa

La conducta puede realizarse por acción, omisión simple, comisión por omisión y omisión dolosa. La acción está contemplada en el artículo 15 del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito solo puede ser realizado por acción o por omisión.”⁵⁷

Enrique Díaz Aranda, en su trabajo de investigación de la Ludwig Maximilians Universität, publicación prologada por Claus Roxin, manifiesta que, “desde mi punto de vista, se entiende por dolo: el obrar con el propósito de violar la norma del tipo penal.”⁵⁸

⁵⁷ Artículo 15. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁵⁸ Díaz-Aranda, Enrique, *Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo, y la Reforma Penal en México*, 6ª. edición, ed. Porrúa, México, 2007, p. 115.

No se comparte en cuanto a que el que obra dolosamente tiene el propósito de violar la norma, pues al parecer de un servidor, considero que es necesario purificar al dolo de cualquier rastro de conciencia de antijuridicidad del hecho. En todo caso, debe ser dolo, para sacarlo por completo de la culpabilidad, simplemente el hecho de conocer y querer realizar una conducta objetivamente, la cual, a juicio del tribunal, coincide con una descripción típica.

La acción exige una exteriorización conductual del sujeto activo, autor o partícipe, una actividad humana contemplada en un tipo penal, realizada dolosa o culposamente.

La acción dolosa requiere la voluntad del activo para realizar el tipo penal que conoce y quiere realizar, así lo regula nuestro marco legal. Puede ejecutarla el autor o partícipe.

Toda acción es típica, pero no toda conducta humana es una acción típica. La acción debe ser completa, independientemente de que el delito sea tentado, consumado o desistido, pues la acción, aunque sea tentada o desistida, no deja de ser típica, precisamente porque esas hipótesis también están reguladas por el tipo, el cual, por cierto, otorga beneficios en estos dos casos por porque no lesionaron el bien jurídico.⁵⁹

La acción dolosa, ya se dijo antes, puede ejecutarse con dolo directo y con dolo eventual, y en ambos casos opera en su favor el desistimiento bien logrado.

El dolo eventual se presenta cuando el autor se representa como probable⁶⁰ el resultado típico y acepta que su concreción era deseada aunque no fuera segura su consumación.

⁵⁹ Como ya se manifestó antes, resulta adecuado clasificar a la tentativa a nivel de tipo.

⁶⁰ El dolo eventual exige que el autor se represente como "muy" probable el resultado típico y lo acepte cuando acontezca. Considero que entre "probable" y "muy probable" existe una justipreciación vana, pues si es o no es probable a la vista del autor, es lo único que debe valer, pues resulta absurdo analizar si es poco, medianamente o muy probable.

4.1.2 Comisión por omisión dolosa

La comisión por omisión es de resultado material, nada más. No cabe el resultado formal. El Código Penal para la Ciudad de México la clarifica de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.”⁶¹

La característica más importante en los delitos de omisión simple y comisión por omisión, es la calidad de garante, que impone al sujeto activo un deber jurídico de actuar. Si dolosamente omite actuar y el tipo exige un resultado material, entonces se trata de una comisión por omisión dolosa.

⁶¹ Artículo 16. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

Javier Jiménez Martínez, citando a Maurach, transcribe: “La estructura del tipo de los delitos de omisión impropios coincide con la de los propios... Su sello especial se lo da la característica de autor de la posición de garante”.⁶²

La calidad de garante puede constituirse por asunción o por injerencia, e incluso, pueden también conjuntarse ambas consecutiva o simultáneamente. Los cuatro incisos que describen la calidad de garante en el artículo 16 del Código Penal para la Ciudad de México se resumen en la asunción y la injerencia: la primera es cuando voluntariamente se asume la protección de un bien jurídico, y esa responsabilidad de salvaguardar puede derivar de un contrato –lato sensu-, o por disposición legal proveniente de una ley, reglamento o cualquier disposición general o particular emitida por una autoridad. La segunda, la injerencia, se genera por un acontecimiento culposo previo a la comisión por omisión, o sea, esta calidad de garante se genera en la suma de dos conductas, la primera es de acción culposa, y la segunda, de omisión impropia dolosa en este caso, aunque, como veremos adelante, también es viable perfectamente una comisión por omisión culposa.

Debe tenerse presente que la aportación culposa precedente implica necesariamente la posibilidad del autor para evitar esa primer conducta precedente, aunque la segunda conducta, la de omisión impropia o comisión por omisión se concrete de manera dolosa. En este caso es importante que la conducta posterior dolosa el autor tenga la posibilidad de que no se concrete, porque si carece de esa facultad de evitar el resultado en la segunda conducta por omisión impropia, ya no sería dolosa, sino culposa.

Los delitos de comisión por omisión son también conocidos como delitos de omisión impropia, y su descripción típica debe estar regulada expresamente para concretarse, esto es, son tipos penales especiales, por tanto, no todos los delitos pueden realizarse en omisión impropia, solo los expresamente tipificados.

⁶² Jiménez Martínez, Javier, *Introducción a la Teoría General del Delito*, 2ª. edición, Ángel Editor, México, 2005, p. 394.

Tanto en la comisión por omisión, como en la omisión simple, puede constatarse la tentativa punible, y además, aunque la doctrina ha sostenido que en los de omisión impropia el nexo causal es un signo inequívoco, considero que sí es lo más común, pero también la adecuación causal puede dar lugar a la comisión por omisión y así prescindir del nexo causal.

Como puede verse, no todos los delitos que inician culposamente deben terminar culposamente, pues en este caso, inicia culposa la conducta precedente y luego se consuma una comisión por omisión dolosa.

Todos en algún momento hemos aceptado el cuidado de un menor de edad o inimputable (calidad de garante por asunción), y si por falta de cuidado se enferma durante nuestra custodia, tenemos la obligación de proporcionarle los servicios médicos mediante el profesional competente. Si no lo hacemos consciente y voluntariamente y le produce un resultado material de lesiones, entonces bien se puede imputar en nuestra contra lo siguiente:

Clasificación jurídica: Lesiones consumadas instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de comisión por omisión dolosa.

4.1.3 Omisión simple dolosa

A diferencia de la omisión impropia o comisión por omisión, la omisión simple solo puede concretarse en delitos de resultado formal, por tanto, es suficiente el quebrantamiento de la ley para su consumación, sin importar si produce o no una consecuencia material.

En estos casos, el bien jurídico se lesiona o se pone en peligro, entendiéndose que también pueden ser tentados los delitos de omisión simple dolosa, aunque es cosa difícil plantear un asunto cuya hipótesis sea admisible en la doctrina.

De la misma manera, se requiere un tipo penal especial que describa una conducta bajo una omisión simple dolosa, lo que reduce más el catálogo de delitos que pueden cometerse.

Considero que en estos casos, la exigibilidad de una calidad de garante también existe, pues en todos los delitos de omisión simple se presenta el deber jurídico de actuar y con ello, una injerencia o asunción equivalente a los delitos de comisión por omisión.

La omisión simple dolosa puede ser ejecutada tanto a nivel de autoría como de participación, y estos últimos no necesariamente tienen que reunir la calidad especial, me refiero a la del garante que sí tiene el autor. Es cierto que la doctrina exige una calidad personal en los delitos de omisión simple, pero considero que pueden concurrir en una conducta el autor en omisión simple dolosa y su partícipe también en omisión simple dolosa, como cuando un deudor alimentario entrega el dinero a un tercero mensajero para que se realice el pago de pensión, y dolosamente no lo hace, también debe responder jurídico penalmente, aunque el partícipe no tenga la calidad personal que exige el tipo.

Por supuesto que también puede consumarse la omisión simple con dolo directo como con dolo eventual, pero para ser sinceros, si son ya de por sí pocos los tipos que podrían consumarse de esta manera, verificar el dolo eventual todavía se reduce más el universo de hipótesis o ejemplos.

Evidentemente el fundamento legal de la omisión simple dolosa la encontramos en la parte conducente del artículo 15, y en el párrafo segundo del 18 del Código Penal para la Ciudad de México.

Jiménez Martínez, citando a Cury Ursúa, transcribe, la omisión es “no hacer aquello que se tenía el poder final de ejecutar... De donde resulta que, así como

no hay acción cuando falta finalidad, no hay omisión cuando falta el poder para orientar finalmente una serie causal”.⁶³

4.1.4 Acción libre en su causa dolosa

La *Actio libera in causa* dolosa es punible, y para ello se requiere que dolosamente el agente se provoque un estado de inimputabilidad disminuida o total para producir un hecho típico posterior. Entonces esta manera de obrar se produce en dos momentos, el primero en el que dolosamente se procura un estado de inimputabilidad y uno posterior en el que se ejecuta el verbo rector del tipo.

Está regulado en el Código Penal para la Ciudad de México de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

...

II. (Inimputabilidad y acción libre en su causa).-

...

(Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno

⁶³ Ídem, p. 379.

mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;⁶⁴

La acción libre en su causa se analiza a nivel de culpabilidad, no en el tipo, por ello es una de las formas en las cuales la conducta de tipo depende directamente de la culpabilidad, como sujetos por un resistente hilo. Esto es debatible, me refiero a la posición sistemática de la acción libre en su causa.

Es cierto que la columna toral de esta figura reside en la imputabilidad del activo como elemento de la culpabilidad, por ello un adolescente que es inimputable desde luego, no puede ser reprochable su conducta, no es objeto de culpabilidad; sin embargo, como acontece con el error de prohibición, éste y la acción libre en la ecuación sistemática estarían prohibidas su análisis en un asunto de menores de edad e inimputables. Aquí está la crítica, pues bien podrían obrar los adolescentes bajo una u otra figura jurídica.

Para ello considero que el Derecho penal debería reconsiderar y desvincular la imputabilidad de la consciencia de la antijuridicidad, pues el primero bien podría caber como si fuera un elemento objetivo del tipo, por ejemplo, en la calidad especial del activo, pero este es otro tema que merece otros apartados.

Por otra parte, siguiendo la idea de Jakobs, “El propio autor puede convertirse a sí mismo, como autor mediato, en instrumento, colocándose en una situación que excluya la imputabilidad y en la que cometerá un hecho previamente conocido o cognoscible como antijurídico.”⁶⁵

En este tenor, considero que al existir dos momentos, uno en el cual el sujeto activo se coloca en estado de inimputabilidad, esto es, se utiliza como instrumento como dice Jacoks, para luego ya siendo inimputable sabe que cometerá un hecho delictivo, por ello, el instrumentalizarse o ponerse en estado de inimputabilidad, evidentemente es una conducta objetiva que por supuesto se localiza en el tipo, y que sirve para instrumentalizarse a sí mismo, por ello,

⁶⁴ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁶⁵ Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General, op. cit.* p.611.

considero que al menos, si pretendemos ubicar sistemáticamente las acciones libres en su causa, debemos saber que la conducta precedente es a nivel de tipo, aunque ya estando instrumentalizado a sí mismo se consuma estando inimputable.

Jakobs continúa en diversa obra, “En conclusión, la *actio libera in causa* no es, por tanto, más que un caso de autoría mediata oculta tras el fenotipo, y ésta, a su vez, es un caso de actuación-de-uno-mismo, oculta por el fenotipo.”⁶⁶

Regreso a la acción libre: al presentarse en dos momentos, en este caso el dolo siempre estará en el primero, y podría o no estar en el segundo momento; a diferencia de la acción libre en su causa culposa, la cual aunque no forma parte de nuestra legislación y por eso no está en nuestro capitulo de la obra, soy partidario de que sí debería estar regulada.

Nuestra legislación solo regula la acción libre en su causa a través precisamente de la acción como lo define su título, no de la omisión, pero también creo que la *actio libera in causa* dolosa –aunque se contraponga al título- podría ejecutarse mediante dos hechos de acción, dos de omisión, o uno de cada uno.

Por ejemplo: una ocasión se me dijo que me tomara determinado medicamento, que debía tener cuidado al hacerlo en los horarios establecidos. Decidí omitir consumirlos voluntariamente, pensando que un poco de vino me daría la razón. Ya habrán imaginado el desenlace.

Dolosamente realicé mi primera conducta, de omisión, y luego vaya usted a saber todas las que realicé de acción.

Finalmente, considero que la acción libre en su causa debe ser analizada a nivel de injusto, no en la culpabilidad, pues los elementos con los que se construye me parece que se corresponden más con el injusto subjetivo que con el juicio de reproche.

⁶⁶ Jakobs, Günther, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, 2ª. edición, ed. Porrúa, México, 2006, p. 637.

4.1.5 Omisión dolosa

Para la participación y solo para ella es aplicable esta novedosa figura. No es omisión simple, tampoco es comisión por omisión, es solo omisión dolosa del partícipe cómplice.

También está regulado en nuestro Código, aunque al igual que ustedes, habría preferido la precisión, o mejor todavía, abundamiento:

“ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito solo puede ser realizado por acción o por omisión.

ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.”⁶⁷

Pero la doctrina nos da la respuesta a través de casos, como el que expone Rubén Quintino, como sigue: El encargado de un almacén de armas dolosamente no impidió que el asesino tomara un arma de fuego para matar a un tercero.”⁶⁸

Para este ejemplo, el autor realiza la siguiente clasificación jurídica:

Homicidio consumado instantáneamente donde intervino el partícipe cómplice en forma de omisión dolosa.

La omisión simple y la comisión por omisión exigen un deber de cuidado, y por tanto una calidad de garante por injerencia o por asunción. Esa calidad de garante requiere una calidad especial en el activo, el cual puede recibir ayuda de un partícipe cómplice. Éste no tiene desde luego la calidad del autor y por tanto su intervención como partícipe no puede quedar impune, por ello, se le atribuye un

⁶⁷ Artículos 15 y 18. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁶⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *¿Cómo Clasificar un Hecho conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales. 500 Casos Resueltos*, primera edición, ed. Viento y Balsa, México, 2014, p. 68.

hecho típico por omisión dolosa, mientras que al autor puede ser por omisión simple dolosa o comisión por omisión dolosa.

En el mismo sentido, o mejor dicho, parto de lo que manifiesta Rubén Quintino al decir en una subsiguiente publicación mucho más breve pero muy nutrida en lo sustantivo, que, “el hecho de que intervenga en forma de ‘omisión dolosa’, de ninguna manera significa que el partícipe-cómplice deba reunir todos los elementos que para tales efectos dispone la ‘omisión simple’ o la ‘comisión por omisión’, sobre todo para los autores”.⁶⁹

La pregunta surge si también puede presentarse en un partícipe inductor la omisión dolosa. Suena difícil en un caso concreto, tanto que no se me ocurre un ejemplo, sin embargo, en tratándose de ciencia como es el Derecho penal, la regla podría quedar válida. El problema es que el partícipe inductor debe determinar al sujeto activo, y esa determinación o convencimiento no se me ocurre que sea por omisión (recordé a una novia, que con solo la mirada me convencía de hacer o no hacer, ojos saltones que para mí fueron muchas veces suficientes.)

4.2 Naturaleza culposa

La culpa, ya sabemos todos, en cuanto a su ubicación sistemática en nada se relaciona con la culpabilidad, no desde 1939, y habría sido mejor denominarla de otra manera, o mejor dicho, la palabra más idónea para explicarla es: imprudencia.

Los delitos culposos o imprudentes están descritos en el Código Penal de la Ciudad de México, como sigue:

“ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

...

⁶⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Cómo Clasificar un Hecho Conforme al CNPP*, Viento y Balsa, México, 2017, p. 29.

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 objetivamente era necesario observar.”⁷⁰

La culpa relatada en el párrafo previo está dividida en dos, la simple y la consciente.

La culpa simple exige un deber de cuidado, esto es, un resultado previsible, de manera que el autor estuvo en posibilidad de evitar la concreción de la conducta típica.

La culpa consciente también requiere un deber de cuidado y la posibilidad de evitar el resultado, pero se lo representa como probable⁷¹, confiando en que no acontezca, y de ser así, rechaza que haya tenido el deseo de la consumación.

Solo pueden obrar con culpa los autores, directo coautor y mediato. Este último no puede operar culposamente en todas sus variables, que conocemos de la siguiente manera: coaccionando la voluntad de otro para que la consuma; aprovechándose del error o inimputabilidad del autor o coautor directo; o mediante organismos organizados de poder. A mi parecer, solo puede obrar con culpa el mediato que obra mediante organismos organizados de poder.

La doctrina también identifica la culpa inconsciente, que solo cambia respecto de la consciente en que NO se representa como probable el resultado. Desde luego esta forma de culpa no ha sido jurídico penalmente reconocida en la legislación, y así debe ser.

Como ya también se dijo en el apartado de los grados de ejecución, la tentativa solo puede presentarse dolosa, esto es, no hay tentativa culposa, ni desistimiento de la tentativa culposa.

⁷⁰ Artículo 18. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁷¹ De nueva cuenta, como sucede con el dolo eventual, podríamos llegar a la discusión absurda de que si debe ser considerado como “muy probable” o solo “probable” la representación del resultado típico. Insisto, a mi parecer, es suficiente con que para el activo le sea probable.

4.2.1 Acción culposa

De nueva cuenta nos encontramos en la figura de la acción, cuyas características ya resaltamos cuando abordamos el tema de la acción en el apartado de la acción dolosa páginas antes, solo basta insistir que la acción culposa solo puede ser ejecutada por autor, coautor y autor mediato, y éste último, a mi parecer, solo si realiza su conducta a través de organismos organizados de poder.

El fundamento legal de la acción culposa en nuestro Código Penal es por supuesto la siguiente:

“ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito solo puede ser realizado por acción o por omisión.

ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

...

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 objetivamente era necesario observar.”⁷²

En muchos asuntos el camino fácil entre optar por una culpa simple y una culpa consciente es simplemente realizar la imputación como culpa simple para no tener que comprobar que el sujeto activo se representó como probable el resultado y que rechazaba su deseo de concreción. Es válido, porque sigue siendo culposo, pero el dogmático suele ser celoso.

El único momento en el que es valioso en un juicio hacer valer la culpa consciente con representación es cuando se es defensor y el asunto se encuentra entre el dolo eventual y la culpa consciente, que las separa una línea delgadísima,

⁷² Artículos 15 y 18. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

cuyas consecuencias entre una y otra son tan amplias como la cuarta parte de la sanción que recibe un delito culposo respecto del doloso.

Una ocasión viajé conduciendo en la madrugada en camino de carretera. La mujer que amé se acurrucó confiada en mí. No sé si el sueño o la distracción –o las dos- me hizo salir del carril lo suficiente como para rozar la valla de contención. Es comprensible, pero no se justifica.

Clasificación jurídica:

Daño a la propiedad consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción culposa.

Jakobs abunda, “el resultado alcanzado –todo hecho doloso es expresión de sentido y por ello acción- no aprovecha al completo el punto de partida; también una acción imprudente es expresión de sentido. Entiendo que la imprudencia es evitabilidad individual. Por consiguiente, una persona sólo se comporta imprudentemente si para ella misma, y no para algún tipo de persona ideal, era evitable la consecuencia de la que se trata... son evitables las consecuencias cognoscibles, sólo que en los supuestos de hecho jurídico-penalmente relevantes lo importante no es conocerlas (en este caso el autor imprudente se convierte en autor doloso), sino evitarlas...La respuesta es fácil cuando quien actúa se comporta de manera indiferente frente a una consecuencia y precisamente por ello no se preocupa de si se produce o no.”⁷³

4.2.2 Comisión por omisión culposa

Ya se dijo que la comisión por omisión se caracteriza por el resultado material, y por tanto, no admite el resultado formal.

Los delitos de resultado material son descritos en el tipo, así como los de comisión por omisión, donde habrá necesidad de detentar una calidad de garante

⁷³ Günter, Jakobs, *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, op. cit, p. 57.

(injerencia o asunción), y por supuesto, que el omitente podía y debía evitar el resultado material.

Encontramos su fundamento en el siguiente artículo del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.”⁷⁴

Y en cuanto a la culpa:

“ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

...

⁷⁴ Artículo 16. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

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 objetivamente era necesario observar.”⁷⁵

Recuérdese, en este caso, la comisión por omisión culposa solo puede ser ejecutada a título de autor, coautor y autor mediato –en la hipótesis de organismos organizados-; no así en caso de la participación.

También, si toda tentativa es dolosa, no puede presentarse una comisión por omisión culposa en grado de tentativa.

Por otra parte, si la comisión por omisión culposa exige una calidad de garante por asunción o por injerencia, en el caso de esta última –la injerencia- requiere un comportamiento precedente culposo o fortuito que genera un peligro a un bien jurídico, con ello nos damos cuenta que en esta hipótesis, se presentan dos conductas, una la precedente culposa, y una posterior también culposa, la que precisamente lesiona el bien jurídico.

Ahora, en este apartado donde nos encontramos en una comisión por omisión culposa, ¿es viable que la acción precedente sea dolosa y la posterior sea culposa? La regulación penal vigente no la contempla como posible, por tanto, la respuesta es, no.

Sin embargo, a mi parecer sí puede constituirse, siempre y cuando la conducta precedente se realice con dolo eventual para que la posterior comisión por omisión sea culposa.

Por ejemplo, si decido hacer modificaciones estructurales a un inmueble de mi propiedad, sabiendo que en ocasiones ingresan a él otras personas legítima o furtivamente, estoy consciente de ello, y por olvido o descuido omito informar de que el ingreso es peligroso y se consuman lesiones, nuestra legislación puede darle a ese asunto un tratamiento de comisión por omisión con dolo eventual e

⁷⁵ Artículo 18. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

incluso comisión por omisión culposa en un solo acto, pero a mi parecer sí existe una consumación en dos conductas, la primera o precedente dolosa eventual por acción y la posterior en comisión por omisión culposa. Con esto trato de decir que sí considero que un hecho típico puede iniciar dolosamente y concluir culposamente.

La clasificación jurídica podría ser:

Lesiones consumadas instantáneamente donde intervino el autor en forma de comisión por omisión culposa.

Hans Welzel al referirse a los delitos de comisión por omisión culposa manifestó: “En los delitos de omisión impropios también puede presentarse la falta de cuidado que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos de omisión culposos... Por el contrario, no cabe considerar culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante: si un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas, sin darse cuenta que es su hijo, sólo lesiona el deber de socorro... pero no el deber de garante.”⁷⁶

4.2.3 Omisión simple culposa

La omisión simple solo se presenta en delitos de resultado formal, y para este supuesto suele estar con más frecuencia regulada en el tipo o en algún ordenamiento legal el deber jurídico de actuar a diferencia de la comisión por omisión, esto se debe a que en la mayoría de los casos la calidad de garante o calidad especial en el activo vinculado al resultado formal produce un resultado culposo de verdadero descuido o desatención.

El fundamento legal lo encontramos en:

“ARTÍCULO 15 (Principio de acto). El delito solo puede ser realizado por acción o por omisión.

⁷⁶ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 264.

ARTÍCULO 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

...

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 objetivamente era necesario observar.

Por tratarse de un delito culposo, no es posible la presencia de la participación, solo formas de autoría directa, no de coautoría ni autoría mediata.

Por ejemplo, los funcionarios públicos que tienen el deber de rendir informes, dar determinadas instrucciones o delegar facultades o comisiones y omiten hacerlo por desatención, olvido o descuido, si no exige resultado material el tipo, entonces sí se puede imputar una omisión simple culposa.

Veamos un ejemplo: en el Código Penal para la Ciudad de México existe el siguiente tipo:

“EJERCICIO ILEGAL Y ABANDONO DEL SERVICIO PÚBLICO

ARTÍCULO 259. Comete el delito de ejercicio ilegal de servicio público, el servidor público que:

...

IV Bis. Teniendo la obligación de custodiar, vigilar y evitar el asentamiento humano en zonas dictaminadas como de alto riesgo, autorice, permita o tolere la existencia de los mismos; y”⁷⁷

La hipótesis aplicable es la del servidor público (calidad personal del activo) que, teniendo la obligación (calidad de garante) de custodiar, vigilar y evitar el

⁷⁷ Artículo 259. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

asentamiento humano en zonas dictaminadas como de alto riesgo, tolere la existencia.

La conducta anterior merece la siguiente clasificación jurídica:

Ejercicio ilegal del servicio público consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de omisión simple culposa.

Welzel señala que, “El delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposa, recibe también el acento decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de la relación.”⁷⁸

Debe comprenderse que, existe una equivalencia entre la acción y la omisión en los delitos culposos, esto es, que la omisión del sujeto activo, es equivalente a la acción que produciría el mismo resultado. Bacigalupo expresa, “El tipo del delito culposo de omisión sólo se diferencia del de comisión en que el autor no infringe el cuidado debido con un acto positivo, sino omitiendo. En los demás elementos existe coincidencia.”⁷⁹

⁷⁸ Ídem, p. 245.

⁷⁹ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.* p. 233.

CAPÍTULO QUINTO

CONCURSO DE DELITOS EN EL TIPO

La teoría del delito tiene aún muchos temas que están sujetos a altos hornos cuyas complejidades lo son desde el campo hipotético como en la práctica. El concurso de delitos es uno de ellos.

Hay concurso cuando se cometen varios delitos vinculados por una unidad de propósito delictivo-temporal.

No hay concurso de delitos si no existe unidad o vínculo delictivo entre la comisión de uno y otro.

El concurso de delitos está íntimamente relacionado con los grados de ejecución, esto es, con la tentativa, la consumación instantánea, continuada y permanente, pero también están todos unidos entre sí con temas procesales como la conexidad, litispendencia, y por tanto, con ámbitos de competencia. Es uno de los grandes motivos por los cuales resulta muy benéfico unificar códigos procesales y penales, como ya acontece con el Código Nacional de Procedimientos Penales y que esperamos con ilusión no tarde en aprobarse el Proyecto de Código Penal Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, pues teniendo ahora sí ambas herramientas se disiparán muchos conflictos no solo competenciales sino especialmente conceptos sustantivos como lo son el caso del concurso de delitos.

La sanción para el concurso de delitos es y debe ser diferente, como lo es para los grados de ejecución, y depende en parte si los delitos cometidos en concurso son de la misma naturaleza o de diferente, y desde luego, si se trata de un concurso real o ideal.

La Clasificación Jurídica, por fortuna, exige que en caso de concurso se precise el tipo de concurso, el cual puede ser ideal, real e incluso, donde haya

más de dos delitos, a mi juicio puede imputarse los dos tipos de concurso, por ejemplo:

Delincuencia organizada consumada permanentemente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con los siguientes tipos:

Homicidio calificado donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa;

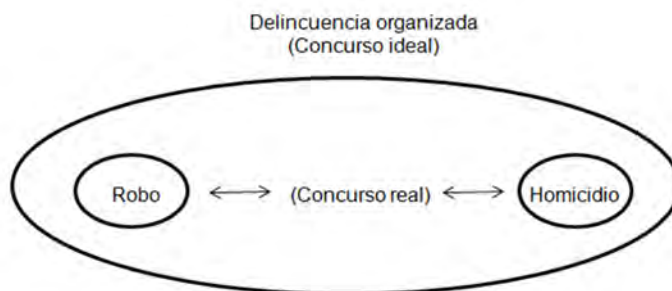
En concurso real con:

Robo de vehículo (diversos 10) donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa.

Con la anterior clasificación jurídica podemos narrar la siguiente historia:

En flagrancia detuvieron a una banda de sujetos que asesinaron a una víctima para robarle su vehículo. Se descubrió que de manera permanente y organizada se dedicaban al robo de vehículos, y diez de lujo fueron encontrados en el lote que usaban como centro de operaciones y resguardo de lo robado.

De este ejemplo podemos ver que existe un delito que concursa como ideal con otros dos delitos que concursan entre sí como reales. En una teoría de conjuntos podríamos explicarlo gráficamente como sigue:



El anterior cuadro podría todavía complicarse en su imputación y el cálculo punitivo con esos u otros delitos, como ya hemos visto antes, si alguno de los delitos se cometió en tentativa, o por partícipe y no por coautor, además de que la defensa bien podrá optar por el procedimiento abreviado para luego, en caso de que opere, algún beneficio sustitutivo de la pena, y finalmente la libertad anticipada.

Así es el algebrismo del Derecho penal.

Por último, nuestro Derecho penal vigente en cuanto al concurso ya no es el que aparece en los códigos penales federal o estatales, ahora debemos observar el que describe el Código Nacional de Procedimientos Penales.

5.1 Concurso ideal

El concurso ideal que describe el Código Nacional de Procedimientos Penales:

“Artículo 30. Causas de acumulación y conexidad

(Párrafo segundo, parte conducente)

...Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. No existirá concurso cuando se trate de delito continuado en términos de la legislación aplicable.”⁸⁰

El ejemplo clásico es un choque de vehículos donde la víctima pierde la vida producto del impacto. Una sola conducta y dos delitos, daño a la propiedad y homicidio.

En otro apartado comentamos la unidad de acción delictiva que debe existir en una conducta de consumación sea instantánea, continuada o permanente,

⁸⁰ Artículo 30. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

debate que insisto, no es de poca monta. Por ello, lo instantáneo no necesariamente es aquello que se consuma en pocos segundos, ni lo permanente aquello que dure más de 24 horas, no. A eso se debe que ahora que entramos al concurso ideal y que en el mismo precepto legal –para bien- impide la existencia de concurso en delito continuado, evidentemente nos remite a las reglas que operan en los grados de consumación de un hecho.

Recordemos que el delito continuado se presenta cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal; en ese tenor, si el concurso ideal o real está impedido en el delito continuado, de antemano es fácil descartar la posibilidad de que exista un delito continuado y a la vez un concurso ideal, porque ambas figuras son, a partir de la lógica, imposible que subsistan juntas, porque si en concurso ideal se exige una sola conducta, y el delito continuado exige más de una, entonces no hay problema de comprender que no pueden coexistir. Ese problema en todo caso se deja para los delitos en concurso real.

Lo bueno es que el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales también entró en el *quantum* de la pena:

“Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

(Párrafo octavo, parte conducente)

...En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá

concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.”⁸¹

Seguramente se dieron cuenta que el texto legal al referirse a “sanciones de la misma naturaleza”, pero no se refiere a que sean “sanciones” en sentido estricto, esto es, no es al mismo tipo de consecuencia punitiva según el catálogo existente de ellas, no; históricamente se ha interpretado y aplicado a que se trate de delitos de la misma naturaleza en lugar de sanciones. Pero esa respuesta me deja todavía descontento.

El bien jurídico es más propio para identificar un concurso ideal respecto a la locución *la misma naturaleza*, esto es, es preferible en lugar de decir *sanciones de la misma naturaleza*, decir *delitos de la misma naturaleza*.

También es posible un concurso donde uno es doloso y el subsiguiente es culposo. Robo de vehículo doloso y lesiones culposas ante resistencia o mecánica inesperada podría ser un ejemplo. Es cierto que por tradición jurídica no se admite concurso entre delitos dolosos y culposos, bajo aquella regla que cualquier otro delito accesorio y que sea necesario para consumir el principal, se atribuirá también de forma dolosa por ser un delito emergente, y es cierto y estoy de acuerdo con esa regla, pero también creo que pueden subsistir un delito accesorio culposos donde no fue necesario para la consumación del principal, pero que produjo un resultado por descuido.

Ahora, respecto si puede existir un concurso ideal entre un delito justificado o exculpado y uno que no lo sea, francamente lo veo difícil, puesto que al tratarse de una sola acción, esa unidad delictiva necesariamente se beneficia en su conjunto de alguna causa de exculpación; cosa distinta en el caso del concurso real, donde sí creo que pueda existir un concurso entre un delito beneficiado con una causa de exclusión de delito o atenuante, y otra que no logre ese beneficio.

⁸¹ Artículo 410. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

Mientras en el concurso ideal encontramos una unidad de acción delictiva o hecho delictivo, en el real hay una unidad de propósito delictivo en diversas acciones fáctico-temporales.

La disposición legal niega la posibilidad de concurso ideal en delito continuado, sí, pero, ¿qué tratamiento puede tener si, programo mi computadora para que durante una semana, todas las noches envíe amenazas, extorción, violencia familiar o pornografía infantil, o todas juntas en una sola imagen o mensaje que se repite automáticamente cada noche gracias a un recurso como un programa o aplicación? ¿Es un concurso ideal o es un delito continuado? A mi parecer sí puede haber concurso ideal y al mismo tiempo un delito continuado.

Insisto, creo que hace falta sujetar el tema a nuevos puntos de discusión.

5.2 Concurso real

También está regulado en el mismo artículo del Código Penal para la Ciudad de México el concurso real, como sigue:

“Artículo 30. Causas de acumulación y conexidad

(Párrafo segundo, parte conducente)

Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. No existirá concurso cuando se trate de delito continuado en términos de la legislación aplicable.”⁸²

Y la sanción aplicable la encontramos en el Código Nacional de Procedimientos Penales de la siguiente manera:

“Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad

⁸² Artículo 30. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

(Párrafo octavo, parte conducente)

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.”⁸³

Podemos ver que es preferible un delito continuado que un concurso real, y para que ello acontezca deben ser delitos de la misma naturaleza, pues como ordena el artículo anterior, si se trata de delitos de distinta naturaleza –entiéndase, distinto bien jurídico- entonces se aplican las reglas de concurso real, esto es, se suman las consecuencias jurídicas de cada delito.

¿Puede existir concurso real entre un delito justificado, exculpado o atenuado y el subsiguiente que no lo sea? A mi parecer, sí, aunque la regla es que las causas de exclusión del delito benefician en unidad al concurso, considero que podría presentarse un concurso real donde un hecho es justificado, exculpado o atenuado y el otro u otros no obtengan ese beneficio.

⁸³ Artículo 410. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

Por ejemplo, en defensa legítima una persona mata a otra, pero luego le roba sus pertenencias, en ese supuesto sugiero la siguiente clasificación jurídica:

Homicidio simple consumado instantáneamente en defensa legítima donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa;

En concurso real con:

Robo simple consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

De esta manera, encontramos un concurso real en un delito justificado y otro que no lo es.

Por supuesto que la principal dificultad es al momento de corroborar si nos encontramos ante un delito continuado o un concurso real, puesto que si se trata en el primer caso de que haya homogeneidad en el sujeto pasivo, esto es, que la víctima sea la misma en los diferentes delitos, y que se trata del mismo tipo penal, pensemos en el caso de delitos como turismo sexual o pornografía infantil especialmente tratándose de imágenes o dibujos no reales que aparentan actividad sexual infantil, en tales casos, ¿qué reglas se aplicarían? ¿Delito continuado o concurso? La respuesta en esos casos es el bien jurídico, el cual por cierto suele ser suprapersonal. La persona que haya recabado temporalmente o consumido pornografía infantil durante muchas noches, no podría ser motivo de concurso ideal, sino de delito continuado, y no sería de un delito por cada menor real o simulado, sino como una sola acción continuada.

Aunque para penalistas como Muñoz Conde, que considera que “el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante”⁸⁴, por el contrario, considero que hace falta mucha bibliografía jurídica para el tratamiento del concurso interactuando entre ellos –real e ideal-, así como con delitos permanentes y continuados. Es cierto que la disposición penal determina

⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 468.

que no hay concurso en delitos continuados, efectivamente, tratándose de las mismas conductas; pero sí puede haber un delito continuado del mismo tipo en concurso real de otras conductas. Muñoz Conde continúa: “Cada Acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el *principio de acumulación*.”⁸⁵

⁸⁵ Ídem.

CAPÍTULO SEXTO

CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN MÉRITO O CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Desde hace algunos años se empezó a escuchar la expresión “Clasificación Jurídica en mérito o demérito” en las escuelas judiciales e institutos de formación ministerial del país, especialmente en el Inacipe. Mérito y demérito fue la manera para diferenciar una clasificación jurídica excluyente de delito y la que no. También provino de Rubén Quintino, el creador de la Clasificación Jurídica en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El aludido lo expresa que un tipo penal puede imputarse en *mérito* (como una obra positivamente valorada por el Derecho), o en *demérito* (como una obra desvalorada para el orden jurídico).

En el primer caso, cuando exista a favor del sujeto activo alguna razón de mérito justificante o exculpante. En el segundo supuesto, cuando no exista ninguna razón de mérito justificante ni exculpante”⁸⁶ Así la fórmula del que incorporó la Clasificación Jurídica en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

¿Esto significa que es posible imputar un hecho en mérito, por ejemplo bajo una excluyente de culpabilidad como el error de prohibición invencible? Sí, sí se puede formular una imputación teniendo consciencia de que deberá excluirse el delito sobre el imputado. Entonces, ¿qué sentido tiene acusar si el propio acusador sabe que el imputado deberá quedar absuelto? Bueno, en realidad no se formulará la imputación ante el tribunal, sino que el ministerio público integrará su carpeta de investigación y si en ella, como en el caso del ejemplo propuesto, un sujeto actúa bajo un error de prohibición invencible, entonces deberá evitar la puesta a disposición ante la autoridad judicial por lo que respecta a ese sujeto,

⁸⁶ Quintino, Rubén, *Cómo Clasificar un Hecho conforme al CNPP*, op. cit., p. 32.

pero si a sus coautores o cómplices no actuaron bajo el mismo error de prohibición, entonces, contra ellos sí deberá formular la imputación porque el error de aquél no les beneficia a los restantes, en observancia a principios como accesoriidad limitada y externa.

A eso se debe que la clasificación jurídica es personalísima, no es necesariamente la misma para todos los intervinientes, pues cada uno responde jurídico penalmente por su culpabilidad.

Las causas de exclusión del delito las encontramos a nivel de tipo, antijuridicidad y culpabilidad como se puede ver en el 29 del Código Penal para la Ciudad de México.

6.1 Clasificación, ¿en mérito típico?

La tipicidad es el primer nivel de la estructura del delito, es el cimiento y planta baja del edificio, el segundo la antijuridicidad y tercero la culpabilidad. Ya sabemos que como en toda construcción, no puede existir un segundo o tercer piso si primero no está el primero, o bien, podría estar el primero y segundo piso pero no el tercero, entendiendo que para que exista delito son necesarios los tres niveles sistemáticamente.

El tipo penal en la clasificación jurídica es entonces el cimiento, integrado por lo objetivo, subjetivo y normativo.

Muchas veces desde la defensa dirigimos todas nuestras baterías a destruir el primer nivel, para que con ello caiga el edificio completo. Esto lo hacemos tratando de desvirtuar alguno de los elementos objetivos del tipo, por ejemplo.

Por otra parte, la expresión “en mérito” solo puede ser lingüísticamente aplicada para conductas jurídicamente válidas o valoradas como adecuadas por el derecho con la conciencia del activo, a eso se debe que el creador de la

Clasificación Jurídica niega rotundamente que pueda existir una clasificación jurídica en mérito típico.

Ahora, si a nivel de tipo no se aborda la valoración positiva de la conducta, pues esa valoración meritoria en nuestro lenguaje, conceptualmente tendríamos que redirigirla a la conciencia de la antijuridicidad, por ello la complicación de mantener esa valoración de actuar en sentido positivo conforme a la norma no puede caber en el tipo, porque se trata de un tema más identificado o relacionado con la conciencia de antijuridicidad.

Es cierto que el doctrinario considera que no puede existir mérito atípico pues a decir del escribiente en mención, si no hay tipo, no hay clasificación jurídica. Es comprensible porque es cierto, porque para que exista tipo, debe serlo al cien por ciento, no puede ser parcial, y si falta alguno de sus elementos objetivos, subjetivos o normativos, definitivamente no hay tipo.

Pero tomemos en consideración a manera de memoria que por ejemplo en el viejo sistema, donde operaba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, al integrar las averiguaciones previas en sobradas ocasiones estuvimos en presencia de hechos delictivos en los cuales el ministerial no podía ejercitar la acción penal porque solo tenía uno de esos dos elementos, ya sea cuerpo del delito sin probable responsable, o viceversa.

El cuerpo del delito estuvo constituido por los elementos objetivos del tipo (externos o materiales), en tanto la probable responsabilidad generalmente fue admitida como la manera subjetiva con la que el activo actuó –dolo o culpa-.

Hacemos mal en traer aquellos conceptos y sus tufos a la Clasificación Jurídica, pero puede servirnos de instrumento para comprender que en esos mismos asuntos trasladados a nuestro sistema donde los ministeriales carecen de todos los elementos comprobables de la clasificación jurídica, ¿cómo le deben hacer para señalar un hecho atípico que mantendría la carpeta de investigación detenida o en reserva por faltar elementos para integrarla?

Esa carpeta de investigación también –a mi parecer- debe tener una clasificación, si no en mérito porque el vocablo no nos alcanza para ello, sí para identificar que esa conducta se realizó bajo un elemento negativo del tipo.

Insisto, a mi parecer, considero que sí debe existir mérito atípico –por llamarlo de alguna manera- en razón de que si el error de tipo solo beneficia al que yerra, sin importar que dejó subsistente la imputación al coautor, autor mediato e incluso a los partícipes, pues la clasificación jurídica es personal, sin embargo, el error vencible o invencible le permitirá al ministerial dictar una resolución bajo la siguiente clasificación jurídica.

Lesiones consumadas instantáneamente bajo un error de tipo invencible donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Esa resolución ministerial será objeto de recurso ante el Juez de Control, e incluso ante el juez de amparo la víctima u ofendido podrá promover atacando el acto reclamado emitido por el fiscal, y se le preguntará, bajo qué clasificación jurídica emitió el acto reclamado, la que precisamente es la que se propone en el párrafo anterior.

En otro ejemplo donde los delitos que no admiten configuración culposa son merecedores de que la carpeta de investigación se cierre con la siguiente clasificación jurídica:

Falsedad en declaraciones donde intervino el autor directo en forma de acción culposa.

Como sabemos, el tipo no admite configuración culposa y por tanto el agente ministerial deberá justificar que en este caso no podrá ejercitar acción penal.

Las causas en mérito típico están descritas en el Código Penal de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

A. Habrá causas de atipicidad cuando:

I. (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;

II. (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

III. (Atipicidad por error de tipo).- El agente obre con error de tipo:

a. Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa.

En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o

b. Invencible.

IV. (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

a. Que se trate de un bien jurídico disponible;

b. Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c. Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.”⁸⁷

⁸⁷ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

En alguna ocasión un amigo fue detenido con un arma de fuego y su licencia de portación era falsa. Él no lo sabía, estaba convencido que su permiso era fidedigno porque fue tramitado por la empresa que lo contrató y capacitó en el manejo de armas y mecanismos de defensa como escolta de los ejecutivos de la empresa.

En tal asunto habría dos maneras de postular la defensa, una mediante un error de prohibición –erróneamente creyó que su actuar era lícito- o a través del error de tipo –erróneamente creyó que la licencia era fidedigna-.

Aunque el juicio se solventó en el viejo sistema mixto, si lo traemos al acusatorio bien podría ser clasificado de la siguiente manera:

Portación de arma de fuego sin licencia, donde intervino el autor directo bajo un error de tipo en forma de acción dolosa, en concurso ideal con uso de documento falso, donde intervino el autor directo bajo un error de tipo en forma de acción dolosa.

¿Por qué error de tipo? Primero, porque es preferible atacar el tipo que la culpabilidad donde se regula el error de prohibición, esto debido a que al poderse calificar como vencible, a nivel de tipo se excluye el dolo y deja la conducta a título culposo, y como el uso de documento falso así como la portación, no admiten atribución culposa, entonces la conducta es atípica. Pero si la defensa se hubiera planteado como un error de prohibición vencible, ésta forma en mérito no excluye por completo la culpabilidad, solo la atenúa. Lo que aconteció en ese asunto es que la justicia federal luego de casi cuatro años de litigio en un procedimiento sumario en el viejo sistema, resolvió negando el error de tipo y absolvió en mérito la conducta como un error de prohibición invencible. Esto finalmente fue bueno por supuesto, pues al dejar el tipo y la antijuridicidad intactas, con ellas fue posible atribuir responsabilidad penal a los coautores patronos y jefe de escoltas que hicieron incurrir en el error a mi amigo Daniel. Si los hechos hubieran sido ahora que el famoso *Compliance* está vigente, bien podríamos imputar a la empresa como persona moral, pero fue lamentablemente antes.

Tengamos presente que el Código Nacional también regula las causas de exclusión del delito en el artículo 405, al menos las invoca, pero su desarrollo o exposición la encontramos en los respectivos códigos penales.

6.2 Clasificación en mérito justificante

En mérito justificante significa que el sujeto activo obró bajo una causa de justificación.

El maestro doctor Ricardo Franco Guzmán en 1950 escribió en su libro que resultó ser un paradigma en la literatura penal mexicana, *Delito e Injusto*, respecto de la antijuridicidad declamó: “La antijuridicidad constituye, con todo, el elemento más importante dentro de la unidad del delito”.^{88 89}

Las causas de justificación están reguladas en el Código Penal para la Ciudad de México como sigue:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

I.- (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que

⁸⁸ Franco Guzmán, Franco, *Delito e injusto*, edición privada, México, 1950, p. 174.

⁸⁹ El maestro Ricardo Franco Guzmán ha cumplido noventa años de edad. En 1950, a sus 22 años publicó su primer libro *Delito e Injusto*, del que me precio que el día de su cumpleaños de este año me haya dedicado con su firma, antes de iniciar su clase en la Facultad, un ejemplar *primera edición*, que con júbilo encontré en una librería de ocasión. Su obra, cinco años antes de empezar como catedrático de la Facultad de Derecho, UNAM, fue motivo de análisis y debate llegando hasta los ojos de Sergio Politoff, en Chile, quien en una muy breve obra prologada por Álvaro Bunster, titulada *Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal (1965)*, realizó severas críticas –me parece injustificadas- al maestro a quien escribió llamándolo “el mejicano Ricardo Franco”. La obra de Politoff fue reimpressa en 2008 y hasta entonces comercialmente llegada a México por conducto de una afamada editorial argentina. Politoff falleció un año después de la reimpression (2009), y por lo visto, el maestro mexicano Ricardo Franco Guzmán no tuvo oportunidad de pronunciarse (Politoff Lifschitz, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª. ed., B de F., Buenos Aires, 2008, pp. 4, 14, 22, 30, 34, 44, 91, 95).

exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;

II.- (Estado de Necesidad Justificante).- El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

IV.- (Ejercicio de un derecho).- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o

V.- (Consentimiento presunto).- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse

consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.”⁹⁰

Las cinco causas de justificación son por todos conocidas, al menos en sus denominaciones. En cada una de ellas la doctrina ha hecho grandes esfuerzos dogmáticos, pero la regulación me parece bastante puntual en nuestra legislación.

También están invocadas en el Código Nacional de Procedimientos Penales como se dijo antes, en el 405, fracción II. Están invocadas sus denominaciones pero su exposición y tratamiento están reguladas en cada código estatal y federal.

La pena encuentra su fundamento en la culpabilidad, en tanto las medidas de seguridad lo tienen en el injusto penal, esto es, en una conducta típica y antijurídica.

Miguel Polaino Navarrete nos recuerda que “las medidas de seguridad fueron introducidas en la Ciencia penal de mano del jurista suizo Carl Stooss, autor del Anteproyecto de Código penal suizo de 1893, en el que se preveía por primera vez este tipo de medidas... La medida de seguridad es la consecuencia jurídica del *injusto típico* realizado por un sujeto inimputable (incurso en una causa de inimputabilidad, esto es, ausencia de capacidad de culpabilidad), o semiimputable (sujeto con capacidad de culpabilidad disminuida o incompleta), o bien incluso por un sujeto imputable que en todo casi acredita una cualificada actitud de *peligrosidad criminal* de futuro y que requiere para desvirtuar ésta un tratamiento singularmente adecuado a su personalidad.”⁹¹

6.2.1 En defensa legítima personal o de tercero

La defensa legítima propia y de tercero la encontramos en el 29 del Código Penal para la Ciudad de México como sigue:

⁹⁰ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

⁹¹ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Porrúa, México, 2001, pp. 129 y 130.

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B. Habrá causas de justificación, cuando:

I. (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;”⁹²

Un sábado por la mañana, desvelados y aturdidos buscamos un amigo dogmático y yo un lugar para desayunar. No debíamos, pero empezó a hablar de la necesidad de defensa recurriendo a medios defensísticos mucho más lesivos que los ejecutados por el activo con su agresión. Para explicarme que nadie está obligado a resentir en sus bienes una lesión –salvo por el principio de tolerancia-, me platicó de un ejemplo expuesto por la doctrina alemana donde un paralítico en silla de ruedas ve cómo en su patio unos adolescentes que roban los frutos del jardín de su casa, y que no le hacían caso a sus múltiples ruegos de que no lo hagan. A la mano tenía un rifle de balines con el que se distraía en la soledad

⁹² Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

tirándole a cualquier objeto del jardín, y ante el recurrente robo y la confianza de que los anteriores tiros siempre estaban dirigidos al aire, los pubertos ignoraban los tronidos y continuaban robando. Finalmente decidió –por eso sí, gran puntería le distinguía-, lesionar a alguno de ellos en alguna parte del cuerpo para demostrar que ya no permitiría más robos y burlas.

La integridad física –todavía pensaba yo en aquella década del siglo pasado-, debía prevalecer sobre una agresión patrimonial, y que la defensa incluso debía ser proporcional con la agresión. Finalmente comprendí que la defensa debe ser conforme a los medios defensísticos que se tengan al alcance, tratando de utilizar del menor a mayor grado los medios para repeler la agresión y defender el bien propio o ajeno, y por supuesto, que nadie está obligado a tolerar una lesión a ninguno de los bienes jurídicos, salvo aquellos casos donde sí opera un principio de tolerancia.

Jescheck sostiene que: “Es susceptible de legítima defensa todo interés jurídicamente protegido que pertenezca al agredido, no sólo la integridad física y la vida, sino también la libertad y el honor, éste último incluso frente a un militar de mayor graduación, el derecho de caza, el derecho a la propia imagen, el derecho sobre el domicilio, el patrimonio, las relaciones jurídicofamiliares, y la facultad de ejercitar el uso común, sin olvidar, por último, la esfera íntima”.⁹³

6.2.2 Bajo el estado de necesidad justificante

La diferencia fundamental entre defensa legítima y estado de necesidad justificante es que en la primera existe un agresor doloso a quien se le repele, mientras que en el segundo simplemente existe un peligro generado por sí no dolosamente, por un tercero de manera culposa o por fuerza mayor, o simplemente por un acontecimiento natural. También es viable un estado de necesidad paralela a una defensa legítima, como cuando para defenderse de

⁹³ Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, p. 304.

alguien lesiona un bien jurídico de un tercero ajeno, como cuando es necesario robar un arma o romper algún objeto de un tercero ajeno para usarlo como objeto de defensa.

El estado de necesidad está regulada de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B. Habrá causas de justificación, cuando:

...

II.- (Estado de Necesidad Justificante).- El agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo,”⁹⁴

Uno de los ejemplos típicos para esta causa de justificación es el robo de famélico, o cometido por famélico, que consiste en robar alimento para satisfacer sus urgentes necesidades alimentarias del momento. Hay otros robos como el de medicina que en definición no es famélico, pero que también es considerado como un estado de necesidad justificante. También para aquellas personas que en situación de calle o quienes no tienen dónde refugiarse de un frío intenso o nevada, ingresan furtivamente a un refugio, vehículo o roban alguna prenda que sea necesaria para protegerse.

La definición del artículo 29 del Código Penal exige algunos elementos, que exista un bien jurídico propio o ajeno que esté en peligro, que ese riesgo sea

⁹⁴ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

actual e inminente, que no se lo haya auto provocado intencionalmente, lesionar otro bien de igual o menor valor ante un peligro que no pueda ser evitable o que el agente no tenga obligación de tolerarlo.

Aunque el artículo no dispone que pueda ser de igual valor el bien jurídico sino simplemente dice que debe ser de menor valor al que se protege, la doctrina ha sostenido por consenso que puede ser un bien de igual valor.

Entonces, se requiere que exista el riesgo actual, real o inminente no provocado dolosamente por el sujeto; que no tenga el deber jurídico de tolerar el riesgo; y, que la lesión del bien jurídico no se hubiera podido evitar por otros medios.

Una de las ocasiones en las que tuvimos que huir Julio y yo de manera violenta y acelerada de un lugar fue cuando pasada la media noche buscamos a un secretario de acuerdos de juzgado de distrito en su domicilio en una zona peligrosa de Iztapalapa para conseguir una suspensión provisional de un quejoso, y que luego de buscar infructuosamente la casa, unos sujetos nos persiguieron a altas velocidades y por supuesto, estuvimos cerca de causar daños a otros vehículos estacionados mientras huíamos. El daño a la propiedad de esos terceros ajenos en sus carros habría sido en estado de necesidad; y si hubiéramos tenido más valor y vigor, habríamos también podido repeler la agresión lesionando bienes de los perseguidores. Al igual que en las otras ocasiones y menos a la fecha, nunca estuvimos en condiciones de afrontar y repeler una agresión.

De nueva cuenta, Jescheck diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, donde “en el primer caso el hecho está justificado. No hay por eso frente a tal estado de necesidad ninguna legítima defensa, como tampoco existe ninguna posibilidad de participación punible en la acción cubierta por aquel. En el segundo caso el hecho sólo queda exculpado. El afectado por la acción concerniente al mismo puede acudir a la legítima defensa, la participación de la mencionada acción es punible en tanto el propio partícipe no se encuentre

presionado por la situación de necesidad o sea pariente o persona próxima en el sentido del art. 35.”⁹⁵

Se comparte casi en todo, menos en cuanto a que no hay frente al estado de necesidad ninguna defensa legítima. Partiendo de que el Derecho penal no exige tolerar la lesión de bienes jurídicos propios, no tendría entonces por qué tolerar una agresión a mis bienes, antes puedo defenderlos, aunque el agresor actúe en estado de necesidad.

Comprendo la idea, por ejemplo si un indigente en una helada ingresa a mi casa –estado de necesidad-, pero yo le impido el acceso impidiéndoles que rompa mi puerta o simplemente afecte mi posesión individualista, cierto, es inhumano, y francamente lo toleraría, pero no tendría por qué estar obligado. Si un sujeto sabe que en mi carro traigo un bastón, pero que no tengo las llaves a la mano para abrirlo, y actúa en estado de necesidad justificante por ejemplo, lo necesita para abrir su casa, no tendría el suscrito que tolerar que rompa mi ventana o chapa del vehículo para que se concrete su necesidad.

6.2.3 Bajo el cumplimiento de un deber

En el mismo articulado encontramos regulado el cumplimiento de un deber:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B. Habrá causas de justificación, cuando:

...

⁹⁵ *Ibidem*, p. 318.

III. (Cumplimiento de un deber). El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;”⁹⁶

La racionalidad en los medios empleados tanto en la defensa legítima, en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho es un común denominador indispensable.

Bajo el cumplimiento de un deber una persona puede realizar una conducta típica, solo si es doloso. No es posible admitir un cumplimiento de deber de forma culposa. En realidad todas las causas de justificación son realizadas intencionalmente tanto en su tipo como en su justificación.

Desde luego que el cumplimiento de un deber nos remite al actuar de un funcionario, pero también es posible para quien no lo es, por ejemplo, para aquellos sujetos que por disposición legal reciben una calidad de garante respecto de un bien jurídico.

En estos casos los ejemplos nos llevan a una concurrencia de causas de justificación, como la de estado de necesidad y el cumplimiento de un deber en el caso de una madre que, en el supuesto de su hijo famélico, bien podría hurtar alimentos para él, porque de no hacerlo, además de perder la vida. Entonces se ve en la obligación de velar y cuidar por el bienestar de su hijo, máxime si por las condiciones extremas en el momento no encuentra otra manera en ese riguroso instante de salvaguardar a su hijo.

Podría ser más claro si el niño tiene una enfermedad de atención inmediata como asma o diabetes, y que estando como empleada de una farmacia, con su hijo al lado, y a la criatura le da un ataque, si ella no cuenta con el dinero para comprarlo pero tiene a su alcance los productos que están a su custodia, entonces actuaría en estado de necesidad justificante pero también en cumplimiento de su deber de protección de su hijo. Si no hace eso, si dice que no tenía dinero para

⁹⁶ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

pagar el medicamento para la crisis inesperada e inadvertida del asma o diabetes, ¿creen ustedes que debería quedar absuelta? No, porque tenía un deber que le permite realizar una conducta típica pero salvaguardada por una causa de justificación que es el cumplimiento de un deber.

La clasificación jurídica bien podría ser:

Robo simple de famélico consumado instantáneamente bajo un estado de necesidad justificante y en cumplimiento de un deber, donde intervino la autora directa en forma de acción dolosa.

Pero como se dijo antes, principalmente el cumplimiento de un deber va dirigido a quien desempeña funciones públicas, y lo más notorio del articulado es que esa conducta también puede realizarse de manera omisiva, esto es, omite realizar una conducta en cumplimiento de un deber, pero esa omisión sí alcanza la consumación de un hecho típico.

Un ejemplo en este caso me resulta muy difícil encontrar, en el cual un funcionario esté obligado a omitir un acto, y esa omisión es su deber, pero esa omisión es típica, verbigracia, justificada por el cumplimiento de un deber, vaya trabalenguas.

Por ejemplo, si un escuadrón de policías debe salvaguardar la integridad física de los ciudadanos bien jurídico superior, esa protección de la integridad corporal le hace decidir omitir su obligación de impedir el acceso de personas en una oficina pública, pero los deja ingresar a zonas incluso de alta seguridad para salvaguardarlos de algún agresor que en la calle con arma de fuego soltó ráfagas, en ese caso, el cuerpo de policías están cumpliendo con su deber primordial de salvaguardar la integridad de las personas, aunque hayan dejado ingresar a zonas u oficinas de alta seguridad a transeúntes.

Dejarlos ingresar a zonas de alta seguridad es un hecho típico, pero está salvaguardado por el cumplimiento de su deber máximo, de salvaguardar vidas.

Por otra parte, Roxin considera que para que opere el cumplimiento de un deber, o como él le llama *Ejercicio del cargo y derechos de coacción*, considera como “primer presupuesto de la licitud de la intervención, según esta posición, consiste en que el funcionario sea competente material y territorialmente.”⁹⁷

6.2.4 Bajo el ejercicio de un derecho

De nueva cuenta la necesidad racional de hacer valer una causa de justificación la encontramos en el ejercicio de un derecho, que está inscrita en el 29 del Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B. Habrá causas de justificación, cuando:

...

IV. (Ejercicio de un derecho).- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o”⁹⁸

Puede haber puntos que casi se alcanzan entre sí entre la defensa legítima y el ejercicio de un derecho, pero donde no coinciden y se distancian es en que el ejercicio de un derecho habrá de ser lesionando un bien jurídico ajeno que a mi parecer debe ser de menor valor.

De nueva cuenta nos encontramos en el conflicto que opera en la defensa legítima, que como ya se dijo en el apartado correspondiente, la defensa legítima

⁹⁷ Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Thomson -Civitas, Madrid, 2006, p. 735.

⁹⁸ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

sí permite incluso lesionar un bien jurídico de mayor valor, pero si vamos a incluir al ejercicio de un derecho como una causa de justificación diferente a la defensa legítima, la que en sentido amplio es el ejercicio de un derecho, el de defender bienes propios, pues bien, si, como digo, vamos a estipularla como una causa de justificación diferente, entonces debemos considerar que en el ejercicio de un derecho puede lesionarse o ponerse en peligro un bien jurídico de menor valor.

Esto es así porque incluso la defensa legítima del Estado de Derecho –*latu sensu*- nos permite por ejemplo detener en flagrancia al delincuente que nos lesionó, sabiendo que el Estado de Derecho es un bien jurídico supra personal y por tanto también amerita defensa legítima, por ello, por disposición legal estamos en el derecho de detener al delincuente.

Pero si vamos a lo concreto, a lo dicho en sentido estricto -y usando memorias añejas- si un encargado de un hostel, hotel o centro de hospedaje conocido como renta de suites, vencida la hora de entrega de la suite, puede abrirla y retener el equipaje hasta que sea cubierta la deuda, ello gracias a un derecho estipulado en el contrato de hospedaje y avalado por el respectivo Código Civil.

En tales casos podríamos, sí, forzosamente, señalar la siguiente clasificación jurídica, pero también muy explicativa:

“Despojo consumado instantáneamente bajo el ejercicio de un derecho, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.”

No es nimiedad, pero en este ejemplo bien cabe la coautoría entre el encargado del hotel y la empresa hotelera o de hospedaje, en las cuales su conducta estará justificada por el ejercicio de un derecho.

Ahora bien, por mi parte, de todas las causas de justificación, considero que es la que de manera más forzada ha sido incluida en este segmento, pues lesionar un bien jurídico ajeno para salvaguardar uno propio –un derecho que nos asiste-, creo que bien puede formar parte de la defensa legítima, precisamente porque se

defiende un derecho, siempre y cuando sea contemplada esa prerrogativa a favor del ciudadano.

6.2.5 Bajo el consentimiento presunto

En algún momento reciente, la doctrina mexicana trató de distinguir entre consentimiento presunto a nivel de tipo y el consentimiento justificante a nivel, desde luego, de antijuridicidad. Qué bueno que ahora está bien regulado –a mi parecer- a nivel de justificación solamente.⁹⁹

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

B. Habrá causas de justificación, cuando:

...

V.- (Consentimiento presunto).- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.”¹⁰⁰

En no muchas ocasiones, tampoco pocas, mientras administraba los libros escritos y publicados por un amigo, entregué a manera de regalo a uno que otro tercero, sabiendo que lo habría consentido mi amigo en el momento y posteriormente también.

⁹⁹ Aunque Jakobs aun considera que, “siempre que se trate del consentimiento en un riesgo, son aplicables las consideraciones acerca del consentimiento excluyente del tipo hechas supra 7/28 (Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 526).

¹⁰⁰ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

Mal administrador seguramente, pero también él más que yo acostumbraba regalar o casi regalarlos. Por supuesto esas pérdidas fueron a su costa, ni siquiera a mi administración. La clasificación jurídica que debió imputarme es:

Abuso de confianza consumado instantáneamente bajo un consentimiento presunto donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Por otra parte, debemos también incluir el consentimiento tácito como una causa de justificación excluyente de delito, puesto que en tratándose de bienes jurídicos disponibles, es posible realizar una conducta típica lesionando bienes jurídicos ajenos.

Comprendo que en el consentimiento tácito bien estaría operando una especie de figura de representación, facultad o poder que otorga otro para que en su nombre y autorización se lesiones bienes jurídicos de él mismo. Tal vez podría ser una de las razones por las cuales el legislador prefirió no incluir al consentimiento tácito como una causa de justificación, pues efectivamente ante la expresión de la supuesta víctima, en realidad no se presenta una agresión, sino una autoagresión, donde la voluntad principal de la acción o de la conducta dolosa proviene precisamente de quien va a sufrir la agresión a sí o a sus bienes.

Ahora bien, la intensidad de la agresión debe en todo caso ser racional, pues si no es expresada o detallada esa intensidad por el que la consciente, tal intensidad también se presume que debe ser racional.

Si me acerco a un profesor de box como y le pido que me permita probarme con él, evidentemente consiento que me impacte causándome algunas lesiones, pero las mismas que podría causarme deben ser racionales y conforme a aquellas que yo podría o admitiría recibir. Pero si se supera esa racionalidad, y me estoy acordando de "El Monstruo Castro", agresivo profesor de box, y me suelta algún gancho como los que acostumbraba cuando era profesional ante mi débil complexión y estúpida manera de meter las manos, pues me estaría matando de un solo golpe. En ese caso, no puede alegar un consentimiento justificante

presunto, pues la racionalidad debe ser importante, como lo expresa Jakobs, en cuanto a que, “para encuadrar en el consentimiento justificante quedan, pues, los supuestos en que la sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadirse además un empleo racional de tales bienes”.¹⁰¹

6.3 Clasificación en mérito exculpante

Ahora entramos al tercer nivel del delito, a la culpabilidad, donde también encontramos la realización de conductas típicas y antijurídicas, pero exculpadas, y por ello son denominadas como en mérito exculpante.

El Código Penal para la Ciudad de México las regula de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

I.- (Estado de necesidad disculpante o exculpante).- 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 sujeto, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

II.- (Inimputabilidad y acción libre en su causa).- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter

¹⁰¹ Ibidem, p. 525.

ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

(Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;

III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

a).- Desconozca la existencia de la ley;

b).- El alcance de la ley; o

c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si el agente se excede en los casos de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un deber y cumplimiento de un deber sé estará a lo previsto en último párrafo del artículo 83 de este Código.”¹⁰²

También están invocadas en el Código Nacional de Procedimientos Penales como se dijo antes, en el 405, fracción III. Están invocadas sus denominaciones pero su exposición y tratamiento están reguladas en cada código estatal y federal.

Vale recordar que en tratándose de adolescentes o personas inimputables únicamente se requiere acreditar el injusto penal, esto es, la tipicidad y la antijuridicidad, no así la culpabilidad; sin embargo, en este apartado anticipo un aspecto en el cual sinceramente no encuentro la salida dogmática, me refiero a la existencia de un error de prohibición en un adolescente. Si partimos que para el adolescente en términos de la Ley de Justicia para Adolescentes y en general en la dogmática, actúan sin culpabilidad y solo se les atribuye un hecho típico y antijurídico, entonces no se podría entrar a analizar ninguno de los elementos de la culpabilidad como el error de prohibición, cuando en realidad considero que sí es posible que opere en tales casos, especialmente porque gracias al error de prohibición el adolescente debería quedar en total absolucón jurídico penal, como se verá en apartados siguientes.

La culpabilidad es el fundamento de la pena, por tanto si una causa de exculpación en mérito es encontrada en un hecho delictivo, excluye la culpabilidad, sí, pero deja subsistente la conducta típica y antijurídica, por ello Miguel Polaino Navarrete expresa:

“El delito es, como sabemos, una acción típica, antijurídica culpable y punible. La culpabilidad es, pues, un requisito esencial del concepto de delito, que fundamenta la imposición de la pena al autor de dicha acción: la pena se impone al autor *culpable* de una acción típica y antijurídica...”

¹⁰² Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

Desde esta perspectiva, *la pena presupone siempre la culpabilidad del sujeto*, a diferencia de la *medida de seguridad*, que se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto inimputable o semi-imputable: la pena se rige por el principio de *culpabilidad* (fundamento y límite de la pena), la medida de seguridad se rige por el principio de *peligrosidad criminal* de un sujeto que realiza un injusto típico no culpable.”¹⁰³

Ahora bien, Roxin manifiesta lo siguiente: “Mi posición personal es que la categoría de ‘culpabilidad’ debe cambiarse por una teoría de la ‘responsabilidad’ y que ésta deba basarse en la función de la pena, y no como sucede en el injusto, en la función del derecho penal.”¹⁰⁴

6.3.1 Bajo un estado de necesidad disculpante

Podemos notar que existe estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante. El primero está ubicado sistemáticamente a nivel de antijuridicidad y el segundo en la culpabilidad. El que ahora nos atañe es éste y su regulación la encontramos de la siguiente manera en el Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

I. (Estado de necesidad disculpante o exculpante).- 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 sujeto,

¹⁰³ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

¹⁰⁴ Roxin, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, Ubijus, México, 2008, p. 28.

lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;”¹⁰⁵

Tanto a nivel de justificación como de inculpabilidad el estado de necesidad es cuando un sujeto enfrenta un inevitable riesgo real, actual o inminente, no provocado intencionalmente por él mismo, de manera que salvaguarda un bien jurídico propio o ajeno, pero la diferencia entre el justificante y el exculpante es que en el primero se protege un bien propio o ajeno de igual o mayor valor, mientras que en el estado de necesidad exculpante el bien jurídico que se lesiona es de menor valor.

Como vemos, al igual que en el estado de necesidad justificante, se requiere que exista el riesgo actual, real o inminente no provocado dolosamente por el sujeto; que no tenga el deber jurídico de tolerar el riesgo; y, que la lesión del bien jurídico no se hubiera podido evitar por otros medios, la única diferencia es el valor del bien jurídico que protege quien obra bajo el estado de necesidad disculpante, que en este caso debe ser de igual valor –considero que también menor-, a diferencia del justificante que exige que el bien jurídico que se salvaguarda sea de mayor valor.

A eso se debe que mientras en el estado de necesidad justificante, excluye la antijuridicidad, y aunque deja subsistente el tipo, éste es insuficiente incluso para imponer una medida de seguridad. En el caso del estado de necesidad exculpante sí se excluye la culpabilidad, y por tanto queda intocada la antijuridicidad y el tipo, en cuyo caso, bien podrían aplicar las reglas de la accesoriadad limitada, externa, y con ello, las medidas de seguridad que considere el juzgador.

En una ocasión, visitando a un amigo, R. Olmedo, en su oficina en el sinuoso camino Desierto de los Leones, de la Ciudad de México, un camión de pasajeros estaba estacionado en una calle perpendicular e inclinada hacia mi

¹⁰⁵ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

vehículo. Se le botó la palanca de velocidades y empezó a dirigirse hacia mí directamente a no poca velocidad animado por la caída de la calle. Afortunadamente mi vehículo estaba encendido y rápido metí el acelerador en reversa para evitar el impacto sobre mi puerta de conductor. Evité que me chocara de frente pero tuve que chocar a una bella dama y por un tiempo buena amiga que tenía su vehículo atrás del mío. La clasificación jurídica por el daño a la propiedad que le propiné a la fuereña pudo ser:

Daño a la propiedad consumado instantáneamente bajo un estado de necesidad disculpante donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Para salvar mi vida o mi integridad corporal, tuve que dañar el vehículo de atrás.

A decir de Verónica Román Quiroz, “El caso más importante de aplicación de la inexigibilidad de un comportamiento adecuado al Derecho (a pesar de la capacidad de imputación y comprensión de lo injusto), lo constituye el estado de necesidad penal.”¹⁰⁶

6.3.2 Bajo un estado de inimputabilidad

Al encontrarnos a nivel de culpabilidad, la imputabilidad es la capacidad de decidir en sentido positivo por la norma penal. De esta manera se comprende que se tiene conciencia de la antijuridicidad del hecho. Carecen de ella los menores de dieciocho años y los que siendo mayores, tienen una alteración grave psicológica o trastorno mental que le impide tener una la percepción de la realidad, e incluso, por una enajenación o trastorno mental transitorio.

El Código Penal para la Ciudad de México dispone:

¹⁰⁶ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2006, p. 216.

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

...

II. (Inimputabilidad ...). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.”¹⁰⁷

Si se trata de una inimputabilidad, se excluye la culpabilidad del autor, pero al dejar subsistente el injusto penal –tipo y antijuridicidad-, en ese caso es suficiente para imponer medidas de seguridad como sucede con los adolescentes. En tales condiciones, se mantienen las reglas de autoría y participación. Un ejemplo claro de un inimputable es la conducta típica y antijurídica, pero no culpable, por inimputable, de un adolescente.

Ahora, si la imputabilidad es disminuida, previos análisis de peritos que valorarán el grado de afectación psicológica, entonces sí le es reprochable su conducta, esto es, sí le es atribuible culpabilidad, pero disminuida, por ello la pena impuesta en esos casos va de una cuarta parte de la mínima a la mitad de la máxima, independientemente de las medidas de seguridad necesarias.

En cuanto a la emoción violenta como trastorno psicológico temporal, en páginas adelante se observará el tratamiento específico.

¹⁰⁷ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

A propósito del uso de la expresión “mérito”, el maestro Rafael Márquez Piñero se refiere a la culpabilidad de la siguiente manera:

“Culpabilidad es ‘reprochabilidad’ de la configuración de la voluntad, y según esto, es ‘culpabilidad de voluntad’. Sólo aquello respecto de lo 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 cómo las pone en movimiento, en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas, o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como ‘*mérito*’ o reprochado como culpabilidad’.”¹⁰⁸

No me pude resistir a la cita textual, sí, por la definición de culpabilidad, pero en especial por el uso del término “mérito”, pues es la misma expresión que usa el creador de la Clasificación Jurídica para referirse a las excluyentes de responsabilidad o atenuantes.

Por otra parte, Román Quiroz señala que “la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo del injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de esas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.”¹⁰⁹

Desde luego que la doctora, cuando se refiere a las capacidades físicas no excluye a la reprochabilidad que sin duda puede tener una persona con capacidades intelectivas plenas, pero con discapacidades físicas de otro género.

¹⁰⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 248 y 249.

¹⁰⁹ Román Quiroz, Verónica, *op. cit.*, p. 166.

6.3.3 Bajo un error de prohibición invencible

El error de prohibición también se analiza sistemáticamente a nivel de culpabilidad, a diferencia del error de tipo que en términos de su nombre, se analiza en ese primer nivel del delito.

El Código Penal para la Ciudad de México determina:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

...

III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto: a).- Desconozca la existencia de la ley; b).- El alcance de la ley; o c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.”¹¹⁰

El error de prohibición exige la presencia de tipicidad y antijuridicidad, pero ésta está viciada por un error, esto es, la conciencia de la antijuridicidad del hecho se encuentra frustrada porque el autor doloso cree erróneamente que su conducta está justificada por alguna causa de licitud como la defensa legítima, el consentimiento justificante, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber o en su caso, el estado de necesidad justificante.

El error de prohibición puede ser vencible o invencible. Si se trata de un error invencible, excluye por completo la culpabilidad y deja subsistente el injusto penal –tipo y antijuridicidad-, y si es vencible, atenúa la culpabilidad y por tanto la pena también se verá atenuada.

¹¹⁰ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

En el caso de los adolescentes, sistemáticamente se ha prescindido del estudio del tercer nivel del delito como es la culpabilidad, sin embargo, considero, debemos encontrar alguna manera de reconocer sistemáticamente que figuras como el error de prohibición, el estado de emoción violenta, los excesos en las causas de justificación e incluso la misma figura conocida como Actio libera in causa son viables perfectamente en un el adolescente, sin embargo el obstáculo que la doctrina impone sobre la prohibición a que se analice el apartado de la culpabilidad donde operan estas figuras jurídicas, por sistema está impedido, aunque han existido esfuerzos legales desde hace muchos años como en la Ley de Justicia para adolescentes de Tabasco donde se encontró la manera de sustituir la culpabilidad con una forma de responsabilidad para que sí fuera viable operar figuras jurídicas como estas que acabo de citar.

Solo es invencible, si el activo, autor o partícipe, se encuentra impedido para corroborar en condiciones normales o propias de sus aptitudes personales, la licitud de su conducta. Bacigalupo describe como “Invencible, es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por tanto, la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición”.¹¹¹

En estos casos existen muchos tipos penales especiales en cuyos casos, en condiciones normales, un profano del Derecho está francamente impedido para conocer sobre la licitud del hecho típico.

Es en este lugar donde debemos traer a la memoria aquella máxima del Derecho que testa “*Ignorantia juris non excusat o ignorantia legis neminem excusat*” (del latín, 'la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley'), sin embargo, en Derecho penal no es válida, porque la ignorancia insuperable sobre la licitud de un hecho es motivo suficiente para que el autor o partícipe quede absuelto, pues el error de prohibición excluye por completo la culpabilidad, sin la cual, no hay delito y menos pena.

¹¹¹ Bacigalupo, Enrique, *Tipo y error*, 3ª. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 123.

Todos hemos estado en zonas serranas indígenas donde el analfabetismo y la marginación cultural sumada a usos y costumbres muy antiguos, se viven conductas como la dote, o mojar los labios de un recién nacido con Pox (también pronunciado como posh, y que se trata de agua ardiente en zona maya), o consumo de venado o peyote, hongos u otras yerbas alucinógenas en zona como Oaxaca o la sierra tarahumara, o la zona huichol, y en realidad hay muchas tradiciones que por una parte atentan contra derecho humanos universales pero también transgreden tipos penales especiales. En esos casos, y a partir de las condiciones especiales del activo indígena, bien se configura un error de prohibición invencible, aunque evidentemente está configurada una conducta típica como trata o comercio de personas, corrupción de personas menores de edad o narcomenudeo, pero esa conducta es excluida por un error de prohibición invencible que extingue la culpabilidad, aunque eso sí, al dejar intacto el injusto penal, es posible imponer una medida de seguridad que por ejemplo en el caso de los menores podrá comprenderse la necesidad de tales medidas aunque el adulto quede declarado inculpable.

De acuerdo con lo recuperado por Alberto Nava Garcés, en cuanto a que se puede identificar al error de prohibición como un “aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad”,¹¹² así como su postura en cuanto a que el principio *ignorantia no excusat* no puede ser aplicado en Derecho penal, como ya se dijo antes.¹¹³

6.3.4 Bajo la no exigibilidad de otra conducta

Otra manera mediante la cual queda constituida una conducta típica y antijurídica pero no culpable es gracias a la no exigibilidad de otra conducta.

El Código Penal para la Ciudad de México sentencia:

¹¹² Nava Garcés, Alberto, *El error en Derecho penal*, Porrúa, México, 2007, p. 309.

¹¹³ *Ibidem*, p. 317-319.

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

...

IV.- (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.”¹¹⁴

La culpabilidad puede quedar por completo excluida si se demuestra la no exigibilidad de otra conducta. En lo personal, no he presenciado un fallo, ni siquiera una defensa en la que se haya impuesto en juicio la inexigibilidad de otra conducta de manera aislada como elemento para extinguir la culpabilidad. Por supuesto que sí muchas veces donde concurre este elemento con otras causas ya sea de justificación o inculpabilidad, pero así sola, no. Sin embargo, como cualquier elemento de la culpabilidad, debe ser acreditado favorable o desfavorablemente en juicio para resolver sobre la culpabilidad.

Entonces, si la sola no exigibilidad de otra conducta debe ser suficiente para declarar la inculpabilidad de una persona, ésta debe ser eficaz para sustentarla y absolver. Esto implica que el sujeto activo, ya sea autor o partícipe, si se quiere ver beneficiado por esta causa de exclusión de la culpabilidad y por tanto del delito, debe demostrar que no le era posible conducirse de otra manera, o no de una manera lícita.

Insisto, casi siempre vamos a encontrar la concurrencia de otras causas de justificación o exculpación aparejadas con la no exigibilidad de otra conducta, por

¹¹⁴ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

ejemplo, cuando un policía repele la agresión de un grupo de personas hacia sí y hacia otras víctimas, y se ve obligado, ante la inminente superioridad física y numérica de sus agresores, a defenderse y defender a otros, además de la defensa legítima propia y de terceros, también está perfectamente constituida la no exigibilidad de otra conducta.

Finalmente, cuando pienso en la inexigibilidad de otra conducta me viene a la mente un tema muy relacionado con la doctrina religiosa y que también el Derecho penal lo sujetó a debate: el libre albedrío.

El libre albedrío evidentemente primero nos remite a la capacidad o aptitud de seres imputables, esto es, con la capacidad de tener un juicio de valor respecto a nuestro actuar; y segundo, que una vez decidida la conducta conscientes de la antijuridicidad, el sujeto es facultativo de obrar o no, de decidir desplegar ese hecho o desistirse de él.

Sin embargo, para Jakobs en su normativismo radical expresa, “Lo que se ha tratado hasta ahora, dolo, imprudencia, y, al menos cognoscibilidad del injusto, por ello no tiene *per se* significación jurídico-penal –*per se*, de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicos, es decir, de naturaleza-, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputabilidad jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”,¹¹⁵ y a esto se refiere en cuanto a si es exigible otra conducta.

6.4 Clasificación en mérito atenuante

La clasificación jurídica contempla la atenuación de la responsabilidad penal, y ello implica fundar el análisis también a nivel de culpabilidad.

Es cierto que algunas conductas a nivel de tipo como el error de tipo que excluye el dolo y deja viva la culpa, podríamos pensar que también son

¹¹⁵ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Ángel Editor, México, 2003, p. 65.

atenuantes, porque algo similar sucede con el exceso de defensa legítima, donde ese exceso se atribuye una pena equivalente al del delito culposo, pero no, lo que a nivel de tipo acontece es excluir al dolo del tipo fundamental, y por tanto, cambia la naturaleza del delito; cosa distinta a nivel de culpabilidad, donde sí se atenúa la responsabilidad penal, y no varía la naturaleza dolosa del hecho, solo se atenúa la culpabilidad y la pena, aunque ésta sea coincida en el *quantum* con la del delito culposo, pero no cambia su naturaleza.

Ya antes dijimos que la expresión *en mérito* es una propuesta del creador de la Clasificación Jurídica, lo que implica un sentido valorativo favorable para quien se comporta en este caso de manera culpable.

Solo son tres las causas en merito atenuantes a nivel de culpabilidad, a saber, el exceso de algunas causas de justificación (defensa legítima propia y de tercero, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho), el error de prohibición vencible, y la imputabilidad disminuida.

Habrá de recordar que a nivel de culpabilidad se analiza:

1. La imputabilidad (plena o disminuida);
2. Acciones libres en su causa (nuestra legislación las regula dolosas);
3. Estado de necesidad exculpante;
4. No exigibilidad de otra conducta;
5. Error de prohibición:
 - Error de prohibición vencible;
 - Error de prohibición invencible;
6. La conciencia de la antijuridicidad; y,

7. El juicio de reproche.

Probablemente deberíamos analizar incluir algunos supuestos en mérito atenuante de estados de necesidad exculpante, no exigibilidad de otra conducta e incluso, las acciones libres en su causa culposas como formas atenuantes, sin embargo a la fecha nuestra legislación solo contempla las que veremos adelante.

6.4.1 Bajo un exceso intensivo o extensivo de causas de justificación (la defensa legítima personal o de tercero, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho)

Cada ocasión que existe un exceso en alguna de las causas de justificación mencionadas, el exceso, y solo el exceso, habrá de imputarse al autor o partícipe pero con el beneficio de que la culpabilidad se atenuará y con ello también la pena.

En los casos de exceso la atenuación de la culpabilidad impone una pena reducida a una cuarta parte de la pena mínima del tipo imputado, la cual por cierto, coincide con el mismo tipo de pena que para un delito culposo, sin embargo, eso no significa que por el hecho de que coincida el *quantum* de la pena entre un exceso de causa de justificación y el delito culposo, cambie la naturaleza del delito, pues seguirá siendo doloso y por tanto, responde de esa manera observando los principios de culpabilidad personal, accesoriedad limitada, externa y las reglas de autoría y participación, porque si de lo contrario, sostenemos que en los casos de exceso de defensa legítima se va a atribuir el exceso a título culposo, nos veríamos en la necesidad de evitar los principios que acabo de señalar, que en delitos de descuido o culposos operan de manera diferente.

El Código Penal para la Ciudad de México regula los excesos en las causas de justificación de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 83 (Punibilidad en el caso de error vencible y excesos).

...

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones I, II, III y IV de la letra B del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.”¹¹⁶

Tengamos presente que el exceso de la defensa legítima propia o de tercero implica una imputación contra el que se defiende sobradamente por aquellos actos excedidos e innecesarios, pero la acusación solo será hasta una cuarta parte (similar a la pena de un delito culposo), pero seguirán siendo a título doloso.

No me parece correcto que algunos doctrinarios califiquen el exceso a título culposo, y su único argumento en la doctrina creo que va más encaminada a motivos de política criminal que a aspectos de reprochabilidad.

Si me defiendo de un odiado enemigo por ser rival sentimental descubierto en flagrancia, y una vez que ya está neutralizado, debido a ese rencor celópata decido aprovechar la escena de defensa para privarlo de la vida, en ese caso si atendemos a esa posición doctrinal se me atribuiría el homicidio culposo.

Creo mi conducta –podrá entenderse- está más identificada con un estado de emoción violenta regulado en la culpabilidad, sí, con mi el exceso que también está a nivel de culpabilidad y suponiendo que esa conducta se me atribuye a título culposo, entonces decide olímpicamente excluir la culpabilidad, la antijuridicidad y la conducta dolosa, para dejar una conducta culposa, ¡solo a nivel de tipo!

Pero por ejemplo si tengo un partícipe cómplice o inductor, que nunca falta ante la vejación a mi dignidad envuelta por la celopatía, al tratarse de un hecho culposo, entonces el partícipe quedaría impune del exceso, en este caso, del homicidio, porque no existe participación culposa. Probablemente les vino a la

¹¹⁶ Artículo 83. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

mente que el partícipe deberá responder por las lesiones que haya causado hasta antes del homicidio, pero no es posible porque fueron en defensa, y además para que ello acontezca, debe existir un autor de lesiones, y en mi caso se me atribuye autoría pero de homicidio culposo. Por eso no comparto darle tratamiento al exceso en causas de justificación como si fueran a título culposo.

Las consecuencias punitivas son las mismas en la legislación de la Ciudad de México, porque tanto el delito culposo como el exceso de defensa legítima son objeto de una pena reducida a una cuarta parte, pero una cosa es que se impute como culposo a que se imponga una emoción violenta –imputabilidad disminuida-, y lo vemos claro por la intervención del partícipe.

Lo mismo acontece con las otras causas de justificación señaladas como el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, donde su exceso debe ser culpablemente reprochable, pero atenuado con una pena reducida a la cuarta parte de la mínima exigida por el tipo.

Por ejemplo, en un estado de necesidad justificante, donde por motivos de una enfermedad cuyo medicamento me es urgente, robo de una farmacia el producto, pero además también añadido a mi robo algunas golosinas o preservativos que no forman parte de receta, desde luego, entonces, ¿creen ustedes que el robo debe imputarse como un exceso de estado de necesidad justificante, o un simple concurso ideal como sigue:

Robo de fármaco consumado instantáneamente bajo un estado de necesidad justificante, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con:

Robo a comercio consumado instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

El exceso, podrá verse, se intensifica o extiende sobre el mismo bien jurídico que motivó el exceso o de la misma naturaleza, el que dio origen a la causa de justificación, y deja de serlo cuando se transita a otro bien jurídico lesionado sin justificación, por tanto, la clasificación jurídica expuesta me parece que es la correcta.

Recuérdese que como lo sostengo en el apartado del concurso, sí pueden concursar desde la clasificación jurídica un hecho justificado con uno culpable, aunque sea en concurso ideal.

6.4.2 Bajo un error de prohibición vencible

Recordemos cómo está regulado el error de prohibición en el Código Penal para la Ciudad de México:

“ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

...

III.- (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

- a).- Desconozca la existencia de la ley;
- b).- El alcance de la ley; o
- c).- Porque crea el agente que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.”¹¹⁷

Ahora veamos el artículo al que nos remite para el tratamiento del error de prohibición vencible del mismo código:

“ARTÍCULO 83 (Punibilidad en el caso de error vencible y excesos).

...

Si el error vencible es el previsto en el último párrafo de la fracción III de la letra C del artículo 29 de este Código, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.”¹¹⁸

Puede notarse que la conducta realizada bajo un error de prohibición vencible solo atenúa la culpabilidad y con ello la pena, pero no modifica la naturaleza de la conducta. Bacigalupo señala que “La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque con una pena atenuada según el art. 14.3 del Código Penal español.”¹¹⁹

En alguna ocasión del periodo juvenil universitario amanecimos algunos amigos y yo en Guerrero. El desayuno invitado fueron huevos de codorniz. Al concluir y ya en camino de regreso a la Ciudad de México recordé que precisamente en ese estado el huevo de cahuama es muy comercializado e igualmente prohibido, y hasta ese momento comentamos sobre si alguno sabía si el huevo que desayunamos con fervor también formaba parte de la prohibición. Nadie supo, y sinceramente desconozco si a la fecha lo sea. Lo mismo seguramente a todos nos ha acontecido al comer platillos tradicionales de la fauna silvestre en diferentes latitudes del país, o para aquellos que gustan de viajes exóticos en el extranjero, sin saber sobre su licitud en su consumo, vaya, ni

¹¹⁷ Artículo 29. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

¹¹⁸ Artículo 83. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

¹¹⁹ Bacigalupo, Enrique, *Tipo y error, op. cit.*, p. 123.

la duda en ocasiones cabe porque su comercialización en plazas públicas o mercados es tradicional, pero de ser prohibidos esos alimentos a pesar de ser comunes, entonces estaríamos en presencia de un error de prohibición vencible.

O por ejemplo, la tala de árboles es legal hasta en tanto es necesaria para la subsistencia, pero suponiendo que esa tala la destinamos para aspectos recreativos de la misma familia rural, e incluso bajo algún pretexto artístico en determinados volúmenes cúbicos que rebasan los permitidos, en esos casos, es un delito ambiental, y la clasificación jurídica bien puede ser:

Delito ambiental (tala de árboles) consumado instantáneamente bajo un error de prohibición vencible, donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

El delito si es vencible, subsiste la conducta típica, antijurídica y culpable, pero ésta es atenuada, por ello solo se impone una tercera parte de la mínima.

Rubén Quintino nos recuerda un suceso que marcó relevantemente al Derecho penal:

“En 1952 Hans Welzel observó cómo triunfó la teoría estricta de la culpabilidad.

En contra de lo que sostuvo la llamada teoría del dolo, en este año, la conciencia de antijuridicidad dejó de formar parte del dolo.

El 18 de marzo de 1952, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal, tomó postura a favor de la teoría estricta de la culpabilidad. Tal como lo refiere Bernd Shünemann: ‘El Tribunal se declaró partidario de la teoría de la culpabilidad, basada en la teoría final de acción, según el cual el error de prohibición vencible deja subsistente el dolo’¹²⁰.

¹²⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *La ciencia penal a través de sus autores*, Flores Editor, México, 2009, pp. 168 y 169.

6.4.3 Bajo un estado de imputabilidad disminuida

La manera más clara para explicar un estado de imputabilidad disminuida es precisamente el estado de emoción violenta regulada en el Código Penal de la Ciudad de México como sigue:

“ARTÍCULO 136. A quien en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión.

Existe emoción violenta cuando el sujeto activo del delito vive una intensa conmoción del ánimo que provoca un desorden del comportamiento, la pérdida del dominio de su capacidad reflexiva y la disminución de sus frenos inhibitorios, que desencadenaron el delito.”¹²¹

Evidentemente nuestro código contempla la emoción violenta en la protección de bienes jurídicos como la integridad personal y la vida, pero a mi parecer también puede formar parte de esa protección otros bienes jurídicos como el patrimonio.

Solo como hipótesis vaga, sitúense en la siguiente escena: manejando por la Ciudad de México con música de José Alfredo Jiménez, producto de una pelea sucedida una noche antes con la mujer amada, mientras circulan ven salir a pocos metros el inconfundible vehículo de su mejor amigo de un motel, con el cuello rodeado por los brazos y los besos – ¡todavía!- de la mujer que les hizo llorar la noche previa en su lecho conyugal, circunstancia que al menos a algunos nos produce un desorden emocional y la pérdida del control y de la capacidad reflexiva –a mí más bien me parece la dificultad para la resignación-, y empieza la persecución automovilística provocándole un cerrón al vehículo del amigo con daños bien ganados, y luego algunas lesiones a quien haya traicionado más nuestro corazón, en ese caso sí se califican estas como en estado de emoción violenta, pero ¿qué con el daño al vehículo propiedad del que fuera amigo?

¹²¹ Artículo 136. Código Penal para la Ciudad de México, *op. cit.*

En términos de nuestra legislación la clasificación jurídica sería

Lesiones consumadas instantáneamente bajo un estado de imputabilidad disminuida (emoción violenta), donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa;

En concurso real con:

Daño a la propiedad consumada instantáneamente donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa.

Así es como lo contempla nuestro derecho vigente, pero considero que el daño a la propiedad también debería estar gozando de la imputabilidad disminuida, y con ello también debería imponerse una tercera parte de la pena del delito correspondiente, y por qué no, pagar solo una tercera parte del daño a ese lujoso carrozo.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La Clasificación Jurídica que vino a sustituir al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es una figura jurídica que conforme a las reglas de la lingüística y la semántica, toma posesión de su lugar en el Derecho penal mexicano en calidad de figura sustantiva, y por ello, merece su regulación y desarrollo pormenorizado en un capítulo especial tanto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, como en el Código Penal Nacional cuyo proyecto ya ha sido elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

SEGUNDO. Es indispensable que la Clasificación Jurídica quede regulada como exigencia sistemática o requisito de procedibilidad no solo en la teoría del caso, sino en cada instancia y etapa del juicio penal, puesto que en términos del 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es la única forma para plantear y formular una imputación, pero también para vincular a juicio, sentenciar y ejecutar en su caso la condena. Esto es, si no se precisa la clasificación jurídica de un hecho, tampoco puede ostentarse una teoría del caso, una imputación, vinculación, sentencia ni ejecución de la misma.

TERCERO. Deberá precisarse que la clasificación jurídica es individual para cada interviniente, partiendo del principio de culpabilidad personal, de manera que mientras un coautor puede verse beneficiado por alguna causa de exclusión del delito, no así los demás intervinientes coautores o partícipes.

CUARTO. Es indispensable revisar la punibilidad en los tipos penales, pues aunque hasta el momento la amenaza punitiva puede ser considerada alta, gracias al procedimiento abreviado, o a atenuantes como la tentativa, la participación, el error de prohibición vencible o la imputabilidad disminuida, entre otras, y si se añade la libertad anticipada, entonces se evidencia que la amenaza punitiva queda avergonzada pues al final la condena y su ejecución es simbólica o muy baja.

QUINTO. Considero que así como nuestra legislación regula el desistimiento de un delito de consumación instantáneo, también debería ser considerado el desistimiento de un delito de consumación permanente e incluso, continuado, por difícil que parezca fácticamente.

SEXTO. Algo similar para los casos del desistimiento eficaz o ineficaz, deberían incluirse todas las variables para los delitos de consumación permanente y continuada.

SÉPTIMO. Soy partidario de la posibilidad y por tanto reprochabilidad de la acción libre en su causa culposa. En ese tenor, considero que la legislación penal debería regularla.

OCTAVO. Es necesario que la descripción típica, para los casos de omisión dolosa, donde solo pueden ser realizadas por un partícipe generalmente cómplice, esté definida y clarificada en el Código Penal correspondiente.

NOVENO. Debe regularse con mayor detalle las reglas de concurso, esto es, por ejemplo, la posibilidad de un delito culposo en concurso con uno doloso, o uno donde existe una causa de justificación con otro que no tenga ninguna causa excluyente de delito, pero también la posibilidad de que pueden concursar más de dos delitos donde algunos son reales y otros ideales. Las reglas específicas para estos casos es necesario sujetarlas a debate.

DÉCIMO. El urgente e indispensable para la armonización del Derecho penal mexicano, y la correcta implementación del Código Nacional de Procedimientos Penales, la promulgación del Código Penal Nacional, de modo y manera que extinga la gran variedad y tratamiento que los códigos estatales le otorgan a figuras como la tentativa o su desistimiento, la participación (inductor o cómplice) delictiva, el error de tipo y prohibición, dolo eventual y la culpa consciente, por citar algunas. Afortunadamente el Proyecto de Código Penal Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales que circuló

paradigmáticamente en las redes sociales, sí consagra todas estas figuras con miras de vanguardia.

PROPUESTA

Con la unificación del sistema procesal a través del Código Nacional de Procedimientos Penales, con el cual ahora se pueden corroborar amplias mejorías en la implementación de criterios del Derecho procesal y también sustantivos, en ese tenor resulta indispensable la reforma a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, párrafo tercero, así como la promulgación de un Código Penal Nacional que contemple en capítulo especial el contenido sistemático de cada elemento de la clasificación jurídica.

En cuanto al párrafo tercero del artículo 16 constitucional, el texto vigente establece:

“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 con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Derivado de las conclusiones de este trabajo, se propone la reforma constitucional para quedar el texto de la siguiente manera:

“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 con pena privativa de libertad y **obren pruebas que acrediten la clasificación jurídica del hecho.**”

El Derecho penal, en tanto ciencia, goza de fundados en la universalidad y la unidad. Los dogmas y principios que de él emanan son columnas vertebrales que garantizan un sistema jurídico democrático y con ello observando la

multiculturalidad y diversidad nacional, de manera que principios como el de legalidad, injusto penal y culpabilidad personal, están vivificados en cada ciudadano, elementos de la parte general del Derecho penal.

La Política criminal y el Derecho penal interactúan también en la realización de tipos y sanciones, sin tener que observar linderos o divisiones territoriales dentro del mismo país, porque es igualmente reprochable un homicidio en zona rural que urbana, ecocidio o trata de personas en cualquier latitud, partiendo de que la parte general del Derecho penal atiende a cada caso en particular, y de esa manera puede subsistir la misma figura típica.

Así veremos unificados criterios de vanguardia en el tratamiento por ejemplo, de la tentativa, de la accesoriedad limitada y externa, de la participación del cómplice o inductor, de la autoría mediata y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los delitos de consumación instantánea, permanente o continuada, incluso la presencia de éstos en el concurso real e ideal.

La Ciencia penal no se presta al regionalismo, y caer en falso sería atender a usos y costumbres que por definición son ajenas a la Dogmática penal.

Es así como para garantizar y armonizar los principios de Derecho, es indispensable decidirse de una vez por todas por la unificación de los códigos penales. Este debate que en nada es joven, puesto que desde hace más de cincuenta años lo enarbó el maestro de la Facultad de Derecho, profesor doctor Ricardo Franco Guzmán, y del cual existieron mesas de análisis y propuestas para avanzar sobre la unificación, ahora salió a la luz un nuevo Proyecto nacido en las áreas de experimentados investigadores del Instituto Nacional de Ciencias Penales, cuya difusión filtrada por redes sociales convence y genera esperanza, precisamente porque incorpora los postulados del Derecho penal moderno, especialmente en su parte general.

Es ahí donde la Clasificación Jurídica debe justificar su nacimiento, como baluarte no solo de la imputación o defensa en el nuevo sistema de justicia penal, sino como la figura sustantiva del Derecho penal que es, en la cual exige la

presencia de un tipo penal específico, el grado de ejecución, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, y en su caso, el tipo de concurso.

Debe precisarse en el Código Penal Nacional en un título especial los elementos de la Clasificación Jurídica, describir en él mismo y abundar en su respectiva exposición de motivos los elementos que la construyen de manera que cierre en la máxima medida las posibilidades de interpretaciones encontradas.

En el mismo Código Nacional Penal debe señalarse con más claridad que la Clasificación Jurídica es un requisito de procedibilidad para toda actuación ministerial y judicial, esto es, todo hecho delictivo llegue o no a la instancia judicial goza de una clasificación jurídica, incluso la que por presencia de causas de atipicidad debe ser resuelta por el fiscal a partir de su clasificación, como lo es en los casos de un error de tipo. Pero si llega a instancias judiciales, es desde el Juez de Control, el Tribunal de Enjuiciamiento, la Alzada y la justicia federal, así como el de ejecución, donde la Clasificación Jurídica toma lugar como figura *sine qua non* en todo procedimiento penal.

Con lo anterior, terminarán armonizándose todos aquellos instrumentos legales que contienen tipos penales especiales, pues aunque el Código Nacional de Procedimientos Penales ya los armonizó en cuanto a la Clasificación Jurídica, ahora podrá hacerlo partiendo de principios fundamentales radicados en la parte general del Proyecto del Código Penal Nacional.

Como sabemos, hay tipos penales especiales estatales que sí están contemplados, por supuesto, para aplicarles la Clasificación Jurídica, y esos tipos penales seguirán subsistiendo incluso aunque tengamos el Código Penal Nacional, sin embargo, terminarán sujetándose a una Parte General que reafirmará sin vagas interpretaciones el verdadero tratamiento que debe tener la Clasificación Jurídica.

La justicia para adolescentes y la militar ahora armonizados con el Código Nacional de Procedimientos Penales, encontrarán mayor iluminación en el Código

Penal Nacional al momento de aplicar la Clasificación, pero también, dilucidará nubarrones respecto a la aplicación de la Parte General del Derecho Penal que contendrá este código tan esperado y lleno de expectativas.

Es así como considero que con el Código Nacional de Procedimientos Penales, en particular, la Clasificación Jurídica, y el Código Penal Nacional ahora en proyecto, nos permitirán vivir el momento más importante en la historia del Derecho penal mexicano.

ANEXO

MODELO PARA PLANTEAR LA CLASIFICAR JURÍDICA, CALCULAR LOS MÁRGENES DE PUNIBILIDAD, Y BENEFICIARSE DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN LA EJECUCIÓN

A. Planteamiento de los hechos del caso

Hagamos un ejercicio a partir de la siguiente clasificación jurídica, pero ahora usando el Código Penal Federal:

Robo a vivienda cometido con violencia física en pandilla, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con:

Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa.

De esta manera tenemos una clasificación jurídica completa, que reúne todos los elementos necesarios para formular una imputación, y ahora sí, plantear una teoría del caso.

Por último, y muy importante, la clasificación jurídica es personalísima, eso significa que cada interviniente tendrá su propia clasificación jurídica y no una o la misma para todos, precisamente por eso es su grado de precisión.

Usemos el mismo ejemplo, pero narremos un poco más los hechos:

- Un policía de la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México, y dos de sus amigos -civiles-, se percatan que una persona saldrá de vacaciones con toda su familia, y la vivienda –la cual está ubicada en

una reserva federal dentro de la Ciudad de México- que ocupan quedará solo bajo el cuidado de un empleado.

- Los tres intervinientes convienen robar la vivienda con 2 pistolas 9 mm. El policía solo facilitó su vehículo un día antes para que sus amigos lo usaran para transportar el producto del robo.
- El día de los hechos los otros dos asaltantes civiles, conforme al plan, amagaron con sus armas de fuego de uso exclusivo del Ejército al empleado y a la fuerza lo amarraron a una columna para consumar el robo.
- En su fuga fueron alcanzados y remitidos en flagrancia.
- El valor de lo robado fue de 50.000 pesos (más de 500 veces la Unidad de Medida y Actualización).
- Para verse beneficiados del procedimiento abreviado, confesaron todos los hechos, incluyendo la intervención del policía.

B. La Clasificación Jurídica

Como vemos, intervienen tres personas, el policía y dos civiles. Cada uno debe tener su propia clasificación jurídica.

Para el caso de los dos civiles, la clasificación es la misma:

Robo a vivienda cometido con violencia física y ventaja en pandilla, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con:

Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, consumado instantáneamente donde intervinieron los coautores en forma de acción dolosa.

Para el policía, le corresponde una clasificación jurídica diferente:

Robo a vivienda cometido con violencia física y ventaja en pandilla en su calidad de servidor público-policía, consumado instantáneamente, donde intervino el partícipe cómplice en forma de acción dolosa;

En concurso ideal con:

Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, consumado instantáneamente donde intervino el partícipe cómplice en forma de acción dolosa.

Debemos anotar que, para la pandilla, en términos del Código Penal Federal, deben intervenir tres o más personas en la comisión de un delito, esto es, no es necesario que los tres sean coautores, con un autor y dos partícipes bien puede constituirse la pandilla. En este ejemplo tenemos a 2 coautores y un partícipe.

Recordemos también en cuanto a la participación que, en caso de que el tipo exija una calidad especial en el sujeto activo, no es necesario que también la tenga el partícipe, solo el autor; también, si el tipo exige un elemento subjetivo específico, de la misma manera no es necesario que se concrete en el partícipe, solo es necesario que sepa que el autor detenta ese elemento subjetivo específico; y, por último, el partícipe, al igual que los coautores, goza de un dolo global, esto es, cuando se sujetan a lo planeado o incluso se realizan conductas típicas no planeadas pero previstas como posiblemente necesarias para consumir un hecho, en tal caso debe responder como partícipe no solo de su aportación, sino del hecho global.

Lo anterior no quebranta el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, y es congruente con la accesoriadad limitada.

C. Fundamento de la Clasificación Jurídica

Ahora solo falta fundamentar la clasificación jurídica, conforme al Código Penal Federal.

Para los coautores:

Tipo	Robo	367*	4 a 10 años
Agravante	Vivienda	381 bis*	3 días a 10 años
Agravante	Violencia física	372 y 373 párrafo segundo*	6 meses a 5 años
Agravante	Ventaja	371 párrafo tercero	5 a 15 años
Agravante	Pandilla	164 bis, párrafo primero*	Hasta una mitad más
Grado de ejecución	Consumación instantánea	7 fracción I*	Penal íntegra
Forma de intervención	Coautoría	13 fracción III*	Penal íntegra
Naturaleza de la conducta	Acción Dolosa	8 parte conducente* 9 párrafo primero*	Penal íntegra por delito doloso
Total de la pena mínima y máxima del tipo			14 años, 3 meses, 6 días a 60 años de prisión

Concurso	Ideal	18 parte conducente*	Penal íntegra por cada delito
----------	-------	----------------------	-------------------------------

Tipo	Portación de arma de uso exclusivo	11, inciso b) 83 fracción II **	3 a 10 años
Grado de ejecución	Consumación instantánea	7 fracción I*	Penal íntegra

Forma de intervención	Coautoría	13 fracción III*	Pena íntegra
Naturaleza de la conducta	Acción Dolosa	8 parte conducente* 9 párrafo primero*	Pena íntegra por delito doloso
Total de la pena mínima y máxima del tipo			3 a 10 años

*Artículos del Código Penal Federal

** Artículos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos

Total de la pena por ambos tipos penales:

Mínima 17 años, 3 meses, 6 días

Máxima 70 años de prisión

Para el partícipe cómplice:

Tipo	Robo	367*	$\frac{3}{4}$ partes de: 4 a 10 años
Agravante	Vivienda	381 bis*	$\frac{3}{4}$ partes de: 3 días a 10 años
Agravante	Violencia física	372 y 373 párrafo segundo*	$\frac{3}{4}$ partes de: 6 meses a 5 años
Agravante	Ventaja	371 párrafo tercero	$\frac{3}{4}$ partes de: 5 a 15 años
Agravante	Pandilla	164 bis, párrafo primero*	$\frac{3}{4}$ partes de: hasta una mitad
Agravante	Servidor público-policía	164 bis párrafo tercero	Aumentará hasta $\frac{2}{3}$ partes
Grado de ejecución	Consumación instantánea	7 fracción I*	$\frac{3}{4}$ partes de la consumación
Forma de	Partícipe cómplice	13 fracción IV*	$\frac{3}{4}$ partes

intervención		64 bis	
Naturaleza de la conducta	Acción Dolosa	8 parte conducente* 9 párrafo primero*	$\frac{3}{4}$ partes del delito doloso

Concurso	Ideal	18 parte conducente*	$\frac{3}{4}$ partes por cada delito
----------	-------	----------------------	--------------------------------------

Tipo	Portación de arma de uso exclusivo	11, inciso b) 83 fracción II **	$\frac{3}{4}$ partes de: 3 a 10 años
Grado de ejecución	Consumación instantánea	7 fracción I*	$\frac{3}{4}$ partes de la pena
Forma de intervención	Partícipe cómplice	13 fracción IV*	$\frac{3}{4}$ partes de la pena
Naturaleza de la conducta	Acción Dolosa	8 parte conducente* 9 párrafo primero*	$\frac{3}{4}$ partes del delito doloso

*Artículos del Código Penal Federal

** Artículos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos

Total de la pena:

$\frac{3}{4}$ partes de la mínima 17 años, 3 meses, 6 días= 12 años 9 meses, 8 días

MÁS $\frac{2}{3}$ partes (agravante de servidor público-policía)= 21 años, 6 meses, 19 días

$\frac{3}{4}$ partes de la máxima 70 años de prisión= 52 años, 6 meses

MÁS $\frac{2}{3}$ partes (agravante de servidor público-policía)= 87 años, 5 meses, 28 días

Concluimos que los mínimos y máximos de las penas para cada interviniente son los siguientes:

Para los coautores:

Mínima 17 años, 3 meses, 6 días

Máxima 70 años de prisión

Para el partícipe cómplice:

Mínima 21 años, 6 meses, 19 días

Máxima 87 años, 5 meses, 28 días

Efectivamente, en este caso, por la calidad especial del partícipe, tiene una pena superior al de los coautores.

D. Procedimiento abreviado

Sin embargo, como se sujetaron al procedimiento abreviado, se les impondrá un tercio menos de la mínima a cada uno, en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales y del Acuerdo A/017/15 por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación, para solicitar la pena en el procedimiento abreviado.¹²²

Coautores

Mínima 17 años, 3 meses, 6 días

- 1/3 por beneficio de procedimiento abreviado

= 11 años, 6 meses, 28 días

Partícipe

¹²² ACUERDO A/017/15 por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación, para solicitar la pena en el procedimiento abreviado. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5382981&fecha=23/02/2015

Mínima 21 años, 6 meses, 19 días

- 1/3 por beneficio de procedimiento abreviado

= 14 años, 4 meses, 11 días

E. Ejecución de sentencia. Libertad condicional

Posteriormente, ante el Juez de ejecución, solicitaron su libertad condicional, al cumplir el 50% de la condena.

Por tanto compurgarán

Coautores: 5 años, 9 meses, 14 días

Partícipe: 7 años, 2 meses 5 días

F. Conclusión. La amenaza es muy superior a la prisión cumplida

Como puede verse, la amenaza resulta ridícula, en parte, por el beneficio que el Nuevo Sistema Penal otorga a quien acepta su intervención en los hechos, y le reduce un tercio de la pena mínima, pero es gracias a las reglas del Derecho penal sustantivo en este o en el sistema inquisitorio previo, donde a partir de la científicidad penal, se puede llegar a estas conclusiones punitivas:

Acusados	Amenaza	Prisión real c/Lib. Cond.
Coautores	de 17 a 70 años	5 años, 9 meses, 14 días
Partícipe	21 a 87 años	7 años, 2 meses, 5 días

En el ejemplo planteado, usamos uno de los tipos penales más sancionados político-criminalmente en nuestro país, pero véase cómo ésta cede ante las reglas del Derecho penal sustantivo y adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Bogotá, Temis, 1994.
2. —. Tipo y error. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
3. Díaz Aranda, Enrique. *Dolo*. México, Porrúa, 2007.
4. Díaz-Aranda, Enrique. *Derecho penal, parte general*. México, Porrúa, 2003.
5. Feijóo Sánchez, Bernardo. *Comportamiento de terceros en Derecho penal*. México, Ángel Editor, 2002.
6. Franco Guzmán, Ricardo. *Delito e injusto, formación del concepto de antijuridicidad*. México, Publicación personal, 1950.
7. Jacobs, Günther. *Derecho penal, parte general*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
8. Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. México, Ángel Editor, 2002.
9. —. *Moderna Dogmática penal*. México, Porrúa, 2006.
10. —. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. México, Ángel Editor, 2003.
11. Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Comares, 1993.
12. Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de Derecho penal*. Vol. 7. México, Harla, 1997.
13. —. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires, Losada, 1964.
14. Jiménez Martínez, Javier. *Introducción a la teoría general del delito*. México, Ángel Editor, 2005.
15. —. *La estructura del delito en el Derecho penal mexicano*. México, Ángel Editor, 2006.
16. Márquez Piñero, Rafael. *Derecho penal, parte general*. México, Trillas, 1997.
17. —. *El tipo penal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

18. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal, parte general*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
19. —. *El error en Derecho penal*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
20. Nava Garcés, Alberto. *El error en el Derecho penal*. México, Porrúa, 2007.
21. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Curso de Derecho penal, parte gneral*. México, Porrúa, 1999.
22. Palacios, J. Ramón. *La tentativa, el mínimo de ilicitud penal*. México, Imprenta Universitaria, 1951.
23. Polaino Navarrete, Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*. México, Porrúa, 2001.
24. Politoff Lifschitz, Serguio. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Buenos Aires, B. de F., 2008.
25. Quintino Zepeda, Rubén. *¿Cómo clasificar un hecho? conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, 500 casos resueltos*. México, Viento y Balsa, 2014.
26. —. *Cómo clasificar un hecho conforme al CNPP*. México, Viento y Balsa, 2016.
27. —. *Cómo fundamentar la clasificación jurídica conforme al Código Penal Federal*. México, Viento y Balsa, 2016.
28. —. *Diccionario de Derecho penal*. México, Magister, 2006.
29. —. *Dogmática penal aplicada*. México, Magister, 2006.
30. —. *La ciencia penal a través de sus autores*. México, Instituto de Formación Profesional de la PGJ-Flores Editor, 2009.
31. —. *Tratado de Derecho penal, tomo IV*. Ciudad de México, Viento y Balsa, 2017.
32. Quintino Zepeda, Rubén y Camilo Constantino Rivera. *40 reglas para que el Ministerio Público determine la clasificación jurídica de un hecho*. México, MaGister, 2015.
33. Román Quiroz, Verónica. *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*. México, Porrúa, 2000.

34. Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Coello Contreras y José Luís Serrano González. Barcelona, Marcial Pons, 1988.
- 35.—. *Derecho penal, parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- 36.—. *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. México, Ubijus, 2008.
37. Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
38. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar, 1981.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Nacional de Procedimientos Penales.
3. Código Penal Federal.
4. Código Penal para la Ciudad de México.