

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

Los límites al delito y a la pena

TOMO IV

ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE

TM

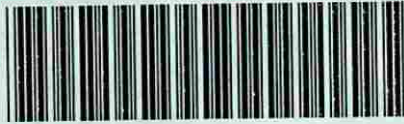
K1

FDYC

2003

.B4

v. 4



1020148589



CAPÍTULO DUODÉCIMO LOS LÍMITES AL TIPO PENAL CULPOSO

— I —

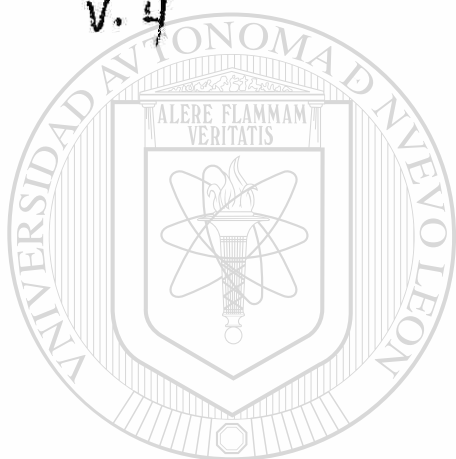
La normas que regulan el tipo penal culposo

El artículo 9° del CPF conceptúa a la conducta culposa de la manera siguiente: *“Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”*. A su vez, el artículo 18 del CPDF concibe el obrar culposo previendo que: *“Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar”*. Mientras que los artículos 60-párrafo segundo del CPF y 76-párrafo-tercero del CPDF consignan —por seguridad jurídica y como norma racional reductora del poder punitivo— el principio de «número cerrado» con relación a los delitos culposos, señalando cuáles figuras típicas admiten la culpa. Por su parte, el artículo 26 del CPC conceptúa a la culpa al disponer que: *“Culpa es decidir realizar una conducta violatoria de un deber de cuidado que causa un resultado típico previsible que no se previó; o que se previó pero no se aceptó. Así como en los casos de inducción o autoría mediata culposa; pero sólo si el resultado típico se produce”*. Igualmente el artículo 26-segundo-párrafo del CPC señala las fuentes jurídicas del deber de cuidado concernientes al actuar culposo al preceptuar: *“Hay deber de cuidado cuando el resultado es normalmente previsible según las circunstancias en que se actúa u omite. En su caso, también se estará al deber que se funde en otra fuente jurídica del deber de actuar...”*. Es el artículo 34 del CPC el que marca esas «otras» «fuentes jurídicas del deber» al disponer que: *“... el deber de actuar en el caso concreto sólo se fundará en ley, reglamento, resolución administrativa o judicial; contrato o convenio; hacer precedente que determinó el riesgo...”*. El citado artículo 26 del CPC también refiere la valoración que se debe hacer de la «eficacia causal» de la violación del deber de cuidado respecto al resultado, a través de la fórmula siguiente: *“Violar un deber será causal cuando el resultado podría evitarse con la acción u omisión posible y adecuada”*. Ésta regla es complementaria a las de causalidad y se basa en una de las pautas de la «imputación objetiva. Por último, el mismo artículo 26 del CPC indica la diferencia de la «culpa» con la «culpabilidad, pues prevé que *“...las circunstancias que el sujeto conoció para prever o poder evitar el resultado, serán materia de la culpabilidad”*. Y el artículo 27 del CPC —por seguridad jurídica y como norma racional reductora del poder punitivo— también consigna el principio de «número cerrado» con relación a los delitos culposos, al precisar cuáles figuras típicas admiten la culpa.

De la observación y análisis de los citados artículos del CPF, el CPDF y el CPC que regulan al delito culposo, se puede deducir la estructura misma de la culpa y del tipo penal culposo. En el siempre hay una conducta que con motivo de la violación de un deber de cuidado causa un resultado previsible en el caso concreto, no querido ni aceptado. Así pues, por un lado está la conducta que causa un resultado. Y por el otro, están las pautas normativas que deben regir respecto a la conducta y que se han de resolver en el resultado y que dan a la culpa y a la estructura del tipo penal culposo un contenido prevalentemente normativo.

312 627

7M
K1
FD4C
2003
.B4
V. 4



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO
TESIS

La conducta y el resultado en el tipo penal culposo

En efecto, a primera impresión pareciera que los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC omiten la conducta específica del tipo penal culposo, en el que cabría esperar que siempre hubiere tal conducta. Esa aparente deficiencia se podría tratar de resolver acudiendo a las conductas específicas de las figuras típicas de los delitos a los que el tipo penal culposo se puede conectar conforme a la ley, según el resultado que se produzca en el caso concreto. Mas la solución sería incorrecta por dos razones básicas. Equivocada en primer lugar, en tanto que esas conductas específicas son dolosas por su naturaleza. Y errónea en segundo lugar, porque aquella conclusión desatendería las pautas normativas con las que la misma ley construye la conducta culposa. Pues son esos baremos normativos los que, precisamente, le dan su «especificidad» a la conducta del tipo penal culposo. En otras palabras, la «especificidad» de la conducta en el tipo penal culposo se da por los índices valorativos con los que la acota la ley penal como culposa. Pero de ningún modo será intrascendente examinar —antes de la especificidad “normativa” de la conducta culposa— si hay o no hay conducta en un tipo penal culposo, así como el sentido de la misma. Ella debe existir, porque de acuerdo con los artículos 7°, 9° y 15 fracción I —interpretada en sentido contrario— del CPF, 18 y 29-I —interpretada en sentido contrario— del CPDF, 12, 13 y 14 del CPC: El tipo penal culposo siempre implica una manifestación externa del comportamiento con su contenido de voluntad y conocimiento que conllevan una dirección y fin.

Pero toda vez que la conducta culposa es incompatible con un dolo coincidente con el resultado. Por ende, el fin o dirección de aquella conducta —aunque eventualmente doloso— debe discrepar del resultado típico que origine. Por lo tanto, primero se debe examinar si hubo conducta tan en su manifestación externa como en su contenido de voluntad final con relación al resultado. Para así saber de qué conducta se trata. Por lo demás, si falta la voluntad es imposible que se pueda actualizar el tipo penal culposo. Como también será inviable la concreción típica culposa si la dirección y el fin de la voluntad son coincidentes con el resultado, porque en tal caso se da un tipo penal doloso que excluye la culpa. Pero aún así es posible un arranque doloso de la conducta culposa: cuando en ella haya un error vencible de tipo que incide sobre un delito que admite la culpa.⁷²² Ejemplo, el sujeto quiere lesionar a X pero yerra en el golpe y hiera a Z quien se halla cerca de X y respecto de quien no había aceptado ese resultado. Pues con relación a Z, la conducta que le lesiona es culposa. Lo mismo sucede cuando queriéndose lesionar a B se le mata en virtud de una concausa que incrementa la potencialidad de la acción no querida ni aceptada en ese sentido. En suma, la primera condición del tipo penal culposo parte de realizar una conducta cuyo sentido o contenido de fin es diverso al resultado que causa. Y no podría ser de otro modo. El que la conducta tenga o carezca de un contenido típico es irrelevante, mientras el fin de aquella discrepe del resultado no aceptado que se produce. Y porque de todas suertes el sujeto se “conduce”. Y es precisamente el sentido de esa acción lo que permitirá saber de qué acción se trata para descartar el dolo en el sentido antes dicho y, además, porque sólo sabiendo de qué clase de conducta se trata se puede saber qué clase de cuidado se contrarió con aquella.

⁷²² Ver en este Capítulo el núm. VI: El «error de tipo» como excluyente del dolo; Inciso B: La “vencibilidad” y la “invencibilidad” del error de tipo.

Lo que de entrada interesa, pues, para que la conducta pueda ser culposa es la voluntad en la acción con un contenido de dirección final que es distinto al resultado no aceptado que aquella origina. Pero también importará y con mucho la «especificidad normativa» de esa «conducta» para decidir la existencia de la «culpa», como más adelante se verá. Como igualmente interesará el resultado al cual dé pie la conducta, mismo que no puede ser cualquier resultado, porque los resultados que pueden ser relevantes para integrar un tipo penal culposos son sólo los que prevean las figuras típicas de los delitos que conforme a la ley admiten la culpa. Esto es, los resultados de los delitos que la ley enumera taxativamente como susceptibles de ser culposos —sistema de «número cerrado»—. (Artículos 60-párrafo-segundo del CPF, 76-párrafo-tercero del CPDF y 27 del CPC.) Así como, igualmente, sólo interesarán aquellos resultados que dentro de esos límites se motiven por la violación al deber de cuidado y no sólo por la mera conducta como factor físico-causal. Veamos.

- III -

Las bases para el examen del tipo culposos

Los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF disponen que el resultado típico que se origine sea *“... en virtud de la violación a un deber de cuidado...”*. O en atención a: *“...un deber de cuidado...que objetivamente era necesario observar...”* Y el artículo 26 del CPC alude a una: *“... conducta violatoria de un deber de cuidado que causa un resultado típico”*. Como se puede advertir de esas formulas y de la exigencia de que toda conducta ha de poner en peligro o lesionar un bien jurídico para que tenga relevancia típica, no se sanciona «cualquier» conducta nada más porque viole un deber jurídico y cause un resultado típico que admita la culpa; porque no se pune el desvalor del resultado, sino por el específico desvalor de la acción contraria al deber que motive el daño al bien jurídico y en virtud de que pudo evitarlo al observar tal deber o bien en virtud de la previsibilidad del resultado según el sentido de la conducta en el caso concreto. La ley penal somete así a aquella conducta a ciertas condiciones objetivo-normativas para que se le considere culposa. Las que consisten en que aquella genere un riesgo no permitido por el fin de protección de la norma al bien jurídico —esto es, un riesgo que transgrede el fin de protección de aquella norma— y cuya trasgresión sea determinante en motivar el resultado que cae bajo el dominio de la acción del autor.

De todo ello ya se puede obtener una primera consecuencia de suma importancia: Las condiciones constitutivas del tipo penal culposos están sometidas a los mismos baremos del tipo penal objetivo del tipo doloso, *en cuanto a las reglas de la imputación objetiva del resultado* (mismas a las que se hizo referencia en el número VIII del Capítulo Décimo de este trabajo.) Y esto reduce sensiblemente los márgenes abiertos del mismo tipo penal culposos.

En efecto, todos los tipos implican realizar una conducta indiciariamente prohibida por la misma norma de tal carácter insita en el tipo; por lo tanto, decidir el carácter indiciariamente desaprobado de la conducta es zanjar si ella tiene relevancia en el nivel del tipo concretado históricamente. De la premisa anterior se sigue que para afirmar que es típica una conducta, es insuficiente con que ésta cause el resultado que prevé el tipo, pues en muchos casos el mismo Derecho aprueba la conducta riesgosa que le originó aún cuando falte una causa de justificación específica que la fundamente. El atender a ciertos principios rectores para decidir en el nivel del tipo cuándo la conducta se desapruueba indiciariamente por el Derecho evita que se imputen resultados

aparentemente típicos a conductas que desde antes estén aprobadas por el Derecho lo que es congruente con la garantía de la libertad de acción que sólo puede restringirse por los tipos penales cuando la acción se desapruera por el Derecho. El no partir de que la conducta deba estar de por sí desaprobada, es allanar el camino a la vaguedad y a los espacios exentos del derecho de libertad general de acción para que el mismo poder punitivo se los arroge para sí para sancionar cualquier conducta que cause un resultado con independencia de si ella estaba o no estaba desaprobada por el Derecho; lo que, además, pugna con el principio de que el Derecho Penal prohíbe conductas y no meros resultados. La exigencia de que la conducta a la que se le impute el resultado esté de por sí ya indiciariamente desaprobada se corresponde con la garantía de seguridad jurídica en los casos de delitos de resultado que no especifican la conducta. La función preventiva que corresponde limitar al Derecho Penal, apareja condicionar las prohibiciones a ciertas conductas que al menos impliquen algún riesgo no tolerable de lesionar un bien jurídicamente protegido, para así evitar determinados resultados en función del respeto a la norma prohibitiva en ese sentido para proteger los bienes jurídicos de los demás y, por lo tanto, de todos en iguales condiciones. Por lo tanto, es incorrecto desatender el influjo que tuvo en el resultado la trasgresión de la prohibición o del mandato que sea indiciaria del injusto; en tanto que dicho resultado se debe dar en virtud de esa infracción. La teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón el estimar que el primer presupuesto sustancial para la imputación a la conducta de un resultado típico es la realización de una conducta desaprobada sólo en la medida que los riesgos y las consecuencias que ella apareje sean intolerables en el marco de acciones libres y auto-responsables en la vida social y las cuales tengan influjo en el resultado. En suma, no se puede renunciar a un requisito cuyo contenido es la creación desaprobada de un peligro que se realice en el resultado, sin renunciar al ejercicio libre y responsable de los derechos de todos.

De todo ello se siguen las consecuencias que ya se anotaron respecto de la tesis de la imputación objetiva. Unas atinentes al carácter desaprobado de la conducta. Otras con relación a la realización en el resultado de la conducta desaprobada. De esa manera, es nítido que el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que pudieren darse con motivo de realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes. El Derecho tampoco desapruera la mera posibilidad remota de causar consecuencias negativas. Con relación a tales riesgos nadie renuncia racionalmente a las actividades que implican su producción, sino que todos contamos con ellos (también de manera racional) en el sentido de "los riesgos generales de la vida". Ejemplos: El síncope cardíaco que sufre un individuo con motivo de la excitación de que es presa al resistirse a un arresto justificado cuando se emplea en su contra la fuerza racional para someterlo. O el infarto que sufre una persona debido al susto que le originó el sonido súbito de la bocina accionada por un automovilista con motivo del tráfico rodado. Asimismo, el Derecho expresamente autoriza actividades riesgosas en ciertas condiciones. Por lo que las normas penales no pueden prohibir acciones que generen riesgos permitidos. De aquí que deba excluirse la imputación cuando el autor cause un resultado con motivo de acciones riesgosas que permita el Derecho. Pues aunque el autor haya creado un riesgo relevante al resultado, aquél debe ser un riesgo no permitido. Esto es, el riesgo puede ser idóneo para ciertos resultados e incluso tomarlo el Derecho como motivo de consecuencias civiles, y, sin embargo, el mismo Derecho lo permite de manera general. Tal es el caso del uso regulado —y admitido— de aparatos peligrosos. De aquí que el

prototipo del riesgo permitido sea la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. Porque no se puede negar que el tránsito terrestre motorizado constituye un riesgo relevante para la vida, la salud y los bienes materiales. Lo que se prueba con las estadísticas de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico rodado en el marco de determinadas reglas de cuidado, porque así lo exigen los intereses preponderantes del bien común que todos en iguales condiciones admitimos. Lo cual es también trasunto del ejercicio de la libertad y de la dinámica de la vida social. En virtud de los cuales se toleran ciertas acciones riesgosas para los bienes jurídicos. De lo que se sigue que no puede estimarse típicamente prohibida la conducta que genere esos riesgos que se toleran aunque causen un resultado típico. O dicho de otro modo, el resultado no es imputable a los actos riesgosos que se permitan en interés de su utilidad social y que el mismo Derecho acepta, los que se efectúan en condiciones que minimicen el peligro según las pautas del Derecho mismo. Porque en tales casos el resultado que se dé en aquellas condiciones es sólo una expresión del riesgo que se soporta y permite de manera general. Todas las pautas anteriores son importantes para poder evaluar mejor los baremos normativos con los que la ley construye el tipo penal culposo. En efecto:

— IV —

Los indicadores *normativos* de la conducta típica culposa

Del examen de los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF, 26 y 36 del CPC, se advierte que la ley penal sustenta la «especificidad» de la conducta culposa en ciertos baremos normativos. Estos índices son: **A.** Que la conducta infrinja un "deber de cuidado". **B.** Que la norma del deber de cuidado sea "conducente" a evitar el resultado. **C.** Que el resultado sea "previsible" de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y las personales del agente. Y, **D.** Que la causa determinante del resultado sea la violación al deber de cuidado. Examinó cada uno de ellos.

A. La violación de un deber de cuidado. Los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC disponen como condición de carácter «normativo» para la integración del tipo penal culposo: el que la conducta "viole un deber de cuidado". En tal virtud se debe recordar que en atención al fin protector-preventivo de bienes jurídicos al que se deben las normas penales: el deber de cuidado siempre se ha de fundar en una norma «jurídica» que sirva de pauta de la forma de actuar en ciertos casos que tienda a evitar determinadas lesiones al bien jurídico que protege la norma. La fuente, pues, de ese "deber", ha de ser «jurídica» y puede provenir de ley, reglamento o de un hacer precedente que genere un riesgo no permitido, según resulte aplicable al caso concreto y, en última instancia, a la concreta «previsibilidad» del resultado. Así se deduce de los artículos antes mencionados en congruencia con la garantía de legalidad del artículo 14 C. Pues el juez penal carece de poder para crear deberes jurídicos a posteriori que integren el tipo penal. Y por los cuales viniera a decidir —en su particular apreciación— que el agente violó un deber que sólo existiría en la mente del juez; lo que conllevaría a violar la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas que prevé el artículo 14 C. Aunque a partir de esas consideraciones y en técnica rigurosa, también habría que discutir si el mismo reglamento u otras normas no legales pueden ser «fuentes» del deber de cuidado cuya violación fundamente

la imposición de una pena, dado que de acuerdo con el artículo 14 C. sólo la «ley» puede ser la «fuente» de los delitos y de las penas. (Principio de ley penal escrita.)

Ahora bien, los artículos 26 y 36 del CPC resuelven el dilema instituyendo en la misma ley penal —y de manera expresa— a dichas «fuentes», así como además, al contrato y la resolución judicial y la misma previsibilidad concreta del resultado como bases —o fuentes— de los deberes de cuidado. El CPC no deja así ninguna duda al respecto, pues el artículo 26-párrafo-segundo dispone con relación a los delitos culposos, que: *“hay deber de cuidado cuando el resultado es normalmente previsible según las circunstancias en que se actúa u omite. Y enseguida prevé: “En su caso, también se estará al deber que se funde en fuente del artículo 36 tercer párrafo”.* El párrafo indicado de ese artículo marca esas otras «fuentes jurídicas» del deber de cuidado al preceptuar que: *“... el deber de actuar en el caso concreto sólo se fundará en ley, reglamento, resolución administrativa o judicial; contrato o convenio; o hacer precedente que determinó el riesgo...”.* Por su parte, el CPF y el CPDF omiten hacerlo así. En tanto que los artículos 7°-párrafo-segundo del CPF y 16-párrafo-segundo del CPDF se refieren a aquellas «fuentes» sólo cuando se trata de fundar una “omisión”. Por ende, tales preceptos serían inaplicables a la conducta culposa que consista en una «acción» como sucede la mayoría de las veces. Empero, cabe decir que el carácter criticablemente «abierto» de este baremo en los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF, no exime al juez, sino al contrario lo obliga a sustentar el deber de cuidado en fuentes «jurídicas» al menos. Por lo que la interpretación judicial adecuada de esa expresión debe reducir el aludido signo «abierto» de ese baremo. Y no hay duda que los reglamentos, los contratos y las resoluciones de autoridades competentes según resulten aplicables al caso concreto pueden tener el carácter de fuentes “jurídicas” del deber de cuidado, en virtud de que aquellos tienen su apoyo en la «ley» misma que les regula; así como también lo tiene el hacer precedente que genere el riesgo, con base en las previsiones del Código Civil. Como igual lo tendrán las fuentes y situaciones de garante de los citados artículos 7° del CPF y 16 del CPDF respecto a los delitos culposos que se puedan sustentar en acciones donde se omiten las debidas. Por lo demás, aunque la realización del tipo penal culposo apareja siempre una acción, ésta también involucra siempre que con ella se omite el cuidado debido en el caso concreto, por lo que a mor de encausar el poder punitivo a límites mensurables y ciertos que den seguridad jurídica, nada empece para que aquellas fuentes jurídicas se tomen en cuenta, porque al hacerlo se limita al poder punitivo en vez de dejarle un amplio espacio para que aquél opere contra las personas en muchos casos que podrán tener repercusiones civiles pero no necesariamente penales. En tal orden de ideas se debe considerar que la expresión “deber de cuidado” de los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF es una cláusula «en blanco» del tipo penal culposo, de carácter normativo. Misma que se debe completar con las correspondientes «fuentes jurídicas» de las que maneja la norma jurídica en la que se sustente tal deber de cuidado en el caso concreto. Para dejar como última ratio la fundamentación de ese deber de cuidado a cuando el resultado era normalmente previsible según las circunstancias en que se actuó, según se establece en la ley esa condición como cardinal para cualquier deber de cuidado motivador del resultado típico culposo. Por otra parte, es innecesario a los efectos del actuar culposo —según se infiere de los artículos citados— que la persona conozca el deber de cuidado que viola o que tenga la voluntad de infringirlo. En los artículos 18 del CPDF y 26 del CPC se confirma tal aserto, pues el primero se refiere a *“...la violación de un deber de cuidado que «objetivamente» era necesario observar”.* Mientras que el segundo

artículo citado dispone que *"Será materia de la culpabilidad las circunstancias que el sujeto conozca para prever o poder evitar el resultado"*. Lo que se corrobora con el segundo párrafo del artículo 37 del mismo CPC que considera: *"... cuestiones de culpabilidad, las posibilidades que el agente tiene de conocer y ajustarse al deber jurídico según sus condiciones personales y las circunstancias del caso"*. Tema del que más adelante me ocuparé.

En conclusión: En el tipo penal culposo se debe primero considerar el sentido de la conducta. Porque sólo así se cumple con la condición inicial de todo delito que sea respetuosa de lo que es la conducta humana en un estado de derecho y, por ende, para que se pueda concretar un tipo penal culposo. Esto es, que haya «conducta» de acuerdo con los artículos 7°, 9° y 15-I del CPF, 15, 18 y 29-I del CPDF y 12, 13, 14, 16 y 26 del CPC. Mas en los tipos penales culposos, el «fin» de la conducta juega el —mínimo pero esencial— papel de deslindar a la voluntad del dolo en el caso concreto, en tanto la meta discrepe del resultado. Y porque ese «fin» no sirve para decidir sobre la existencia en sí de la culpa. La que en esencia se sustenta —según se verá más adelante— en la objetiva violación de un deber jurídico de cuidado relevante por generar un riesgo no permitido que motive el resultado que en el caso concreto es previsible. Al respecto Roxin dice lo siguiente: (...) La lesión del deber objetivo de cuidado, que originariamente correspondía al marco de la culpabilidad,... es en realidad un presupuesto de la realización del tipo culposo. No hay ningún argumento decisivo en contra de esta conclusión, estos tipos penales se conforman, como todos los otros, como tipos de injusto. ¿Cómo cometería el autor una lesión de la norma si no lesiona, por lo menos, el cuidado objetivo exigido? La circunstancia de que la ley se exprese mediante una fórmula puramente causal no puede ser decisiva.⁷³³ Más aún, cuando los tipos penales culposos de los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC contemplan como parte de ellos la «violación» de un deber de cuidado y el que esa «violación» deba ser el motivo del resultado. Así pues, la conducta debe contrariar un deber de cuidado atribuible al agente. El que, de acuerdo con lo dicho antes, debe ser un deber «jurídico»; esto es, que tenga una fuente jurídica. Con ello, como ya dije, se evita dotar a los jueces de poderes creadores de deberes a posteriori. Lo que vulnera la seguridad jurídica y la garantía de legalidad en los delitos del artículo 14 C. Esto se confirma también en el artículo 26 y el párrafo tercero del artículo 36 del CPC.

B. El carácter conducente de deber de cuidado cuya violación se cuestione, para evitar el resultado. En el anterior orden de ideas y de acuerdo con los citados artículos de los códigos en consulta, se deduce que la conducta causante del resultado debe contrariar un deber de cuidado directamente «conducente» a proteger el bien jurídico que se daña en el caso concreto, porque sólo así la infracción de ese deber puede ser estimada como posible «motivo» del resultado. Sin que se pase por alto que las fuentes «jurídicas» del deber de cuidado consistentes en ley, reglamento, resolución judicial y hacer precedente que genera el riesgo ha de aplicarse «preferentemente» a la «previsibilidad» como fundamento del deber «jurídico» de cuidado. Esto es, la «previsibilidad» del resultado en el caso concreto, como fundante del deber «jurídico» de cuidado deja de funcionar como regla complementaria y opera como regla única sólo a falta de una norma

⁷³³ Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico...*, op. cit. pp. 270 y 271.

expresa aplicable que provenga de aquellas fuentes y cuando según las circunstancias —del hecho y las condiciones personales— en las que se actúa u omite, sea normalmente predecible ese resultado. No escapa a la atención que para cimentar la culpa en la «previsibilidad» como «fuente» propia del deber de cuidado que se viola, se crea por la ley una fuente «jurídica» relativamente indeterminada en su aforo material como sustento de la culpabilidad. La cual de por sí confirma la necesidad de acotar el concepto en sus contornos objetivos de acuerdo con ciertos baremos que puedan dar lugar a que en virtud de la «previsibilidad» del resultado se genere el deber jurídico que se quebranta con la conducta. Y ello es así por la sencilla razón de que si se considera en abstracto la previsibilidad de resultados, casi todos en realidad pueden ser previsibles cuando provengan de una actividad que involucre cierto riesgo aunque éste sea permitido. Y por otra parte, también hay muchas normas cuyo contenido material no es el de que se asuman ciertos cuidados para evitar determinados resultados, sino que su función preventiva es meramente indirecta a tal fin.

En efecto —en primer término— tan para fundar la «previsibilidad» como para apoyar la culpa en cualquiera de las demás fuentes jurídicas del deber de cuidado, esos lindes se hallan por lógica y con base en el principio de lesividad de bienes jurídicos, en el sentido de que la conducta para que pueda ser culposa ha de generar un riesgo desaprobado para el bien jurídico. Riesgo que debe tener relación directa con el fin de protección de la norma. Que es el de evitar la lesión al bien jurídico protegido en atención al cuidado que se establece como deber. Esto es lo que llamo conducencia del deber de cuidado.

La «conducencia» del deber de cuidado a evitar el resultado que se motiva por la acción contraria a tal deber es aplicable tan a los deberes de cuidado que se funden en la violación de una ley, reglamento, resolución de autoridad competente o en un hacer precedente que genera dicho riesgo, como cuando la culpa sólo se asiente en la «previsibilidad» del resultado. La cual se valora de manera objetiva y como una cuestión normativa a través del juicio «*ex ante*» de la conducta. El juzgador sólo puede atender a una norma de cuidado protectora del bien jurídico que aparece dañado, cuando tal norma tienda de manera directa al fin preventivo de evitar dañar el bien —«conducencia» de la norma de cuidado—. Y, por ende, cuando su quebrantamiento sea claramente relevante para originar el riesgo que se resuelve en el daño que intenta evitar la norma. Bien sea que tal quebrantamiento se base en una ley, reglamento o hacer precedente que genere tal riesgo; o bien en la «previsibilidad» misma del resultado. Dicho en sentido contrario, la violación de un deber de cuidado sólo podrá ser relevante a los efectos del actuar culposamente punible si el incumplimiento del cuidado en el caso concreto origina claramente un riesgo desaprobado que tenga relación directa con el daño que la norma tiende a evitar. Así pues, el deber de cuidado debe operar en el caso concreto como norma garantizadora para evitar el resultado que se pretende impedir con el cumplimiento del deber de actuar en el sentido de la norma.

Ello apareja correlacionar el «fin de protección» de la norma específica de la que surge el deber, con el riesgo que aparece como motivo del resultado que se causa. Lo que se puede resolver de manera relativamente fácil cuando se infringen normas legales, reglamentarias, determinaciones de autoridades competentes o se atiende al hacer precedente que genera el mismo riesgo. Porque el quebrantamiento del deber sólo será relevante para configurar el tipo penal culposamente punible si precisamente por su violación es que se generó o mantuvo el riesgo que motivó el resultado. De lo dicho se sigue que se debe negar relevancia penal a la conducta contraria a ese deber, cuando la violación no sea de por sí riesgosa para el resultado y el fin de protección de la norma sea remoto u oblicuo respecto a la protección del bien jurídico que se daña. Es decir, cuando el mandamiento no

prohíbe de manera directa y clara los riesgos que motivan el resultado. En otras palabras, cuando la norma obligue a comportarse de algún modo que sólo de forma indirecta o remota tienda a evitar el resultado, la conducta contraria a aquella norma será irrelevante para fundamentar la culpa. Porque las normas que sólo pueden ser materia de un actuar culposo son aquellas que impongan un cierto cuidado cuya infracción siempre supone un riesgo no permitido para el resultado que la norma quiere evitar. Mismo riesgo que debe aparecer como motivador del resultado. Es oportuno citar el ejemplo que se emplea en la Exposición de Motivos del nuevo CPC. Ya que es cierto que cuando el conductor de un vehículo no lleva consigo la licencia de conducir, infringe una norma que trata de garantizar la seguridad de los bienes jurídicos que están en riesgo con motivo del tránsito rodado, porque ella permite a la autoridad que se cerciore acerca de la presunta pericia de los conductores. Pero también es verdad, que el mandamiento de traer la licencia de manejo no es en sí un precepto de cuidado cuya inobservancia apareje el riesgo de un daño al conducir vehículos. Sino que —como se dijo— es una obligación jurídica que se impone para que sea posible que se supervise si el conductor puede tener la aptitud de manejar adecuadamente vehículos automotores. Su fin protector y preventivo de daños es, pues, remoto e indirecto. Y tan es así, que la infracción de ese deber —no traer licencia— no genera en sí el riesgo de que —por tal motivo— se cause un daño al conducir un vehículo. Esto es, la falta de licencia no genera por sí ningún riesgo ni, por ende, puede por sí motivar algún daño, sino los que sí le podrán dar lugar es el conducir cuando no se sabe manejar o hacerlo con impericia. Circunstancias las dos últimas que son ajenas a que el agente porte o no porte su licencia de manejo. Dicho en otras palabras, el campo de protección de la norma que obliga a llevar licencia de manejo es extraño a que en virtud de su inobservancia se genere el riesgo de causar un resultado dañoso. Porque así como es verdad que su portación permite presumir a la autoridad que su titular puede manejar correctamente un auto en las vías públicas. También es cierto que no por ello se ha de asumir que si en tales condiciones la persona causa un daño no lo pudo originar por culpa. En el mismo orden de ideas, de ningún modo sería válido afirmar que por la falta de licencia, la persona causó el daño porque no sabía manejar o se condujo con impericia. Porque en todo caso, el daño para ser culposo se debe dar por no saber manejar o porque se actuó con impericia en el manejo, pero no porque no se traía licencia; siendo aquellos extremos —no saber manejar o conducirse con impericia y no el de no traer licencia— los que habrían de motivar el daño causado.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Asimismo cabe tener presente que cuando el deber de cuidado aplicable al caso concreto se regule jurídicamente en fuente distinta a la «previsibilidad» del resultado, el límite del deber del sujeto será hasta la medida o el modo conductual que señale la norma de que se trate. Pero cuando tal deber jurídico se funde sólo en la «previsibilidad» del resultado, el límite de ese deber será hasta la medida en que las circunstancias —según se verá más adelante— permitan aseverar que la conducta se ajusta a los fines de protección de la norma. Esto es, sin que genere un riesgo significativo no permitido y claramente conducente a motivar el daño al bien jurídico protegido por la figura típica que admita la culpa.

De aquí entonces que sería incorrecto afirmar que por cualquier infracción jurídica de deberes se actúa con culpa en el caso concreto. Como también sería erróneo sostener que la conducta viola un deber de cuidado con base en la simple «previsibilidad» abstracta de un daño que aquella pudiese producir. Sino que en el primer caso, es imperativo que la norma en la que se funde la violación del deber, proteja en forma directa y clara al bien jurídico que se daña, lo cual se determina porque la conducta que se prohíbe sea en sí misma riesgosa al resultado. Imponiendo al sujeto la obligación de no conducirse en determinado sentido que de

manera directa y clara acceda normalmente a poner en riesgo el daño al bien. Y la violación consistirá, precisamente, en conducirse de modo contrario al sentido que señale ese deber, generando así el riesgo no permitido que motiva el daño. En el segundo caso, esto es, el deber de cuidado que se funde en la previsibilidad, importa que será necesario que el agente ajuste su conducta de tal forma que evite el riesgo para el bien jurídico protegido, toda vez que aquella forma de proceder de ordinario hace predecible la causación de un resultado dañoso o el no poder evitarlo. De tal guisa que la violación de ese deber se determina conforme a la dinámica de la conducta en el mundo de relación y las circunstancias en que se actúa en un evento en particular. En síntesis, *el imperativo que supone observar un cuidado debido en el tipo culposo debe ser «conducente» a proteger de manera directa al bien por el riesgo desaprobado que origina la conducta contraria para dañar el bien jurídico protegido, mismo riesgo que se resuelve en el resultado.*

Conforme a lo dicho, los primeros baremos son: 1) Que el fin de la conducta discrepe con el resultado que se dé. 2) Que el agente viole un deber jurídico que le competía observar según la ley u otra fuente jurídica de ese deber. 3) Que la norma del deber sea conducente para proteger en forma directa y clara el bien jurídico, en virtud de que aquella intenta en sí misma evitar el riesgo que aparece como motivo del resultado.

Por ejemplo, no respetar una señal oficial de alto en el tránsito y dañar así al vehículo del conductor que pasa por el cruce por la vía libre tangente.

Pero por igual es necesario un cuarto baremo —en los términos de la ley—: 4) Éste consiste en que «las circunstancias» del caso concreto, hagan «normalmente» previsible la generación de riesgo desaprobado que representa el motivo del resultado.

Con esto último vienen a cuentas otros «indicadores» respecto al cómo se debe apreciar la «previsibilidad» del resultado para constituirse en fuente «jurídica» del deber de cuidado relevante para fundar el actuar culposo. Esos indicadores los da por un lado el artículo 26 del CPC y por el otro, los sendos artículos 9° del CPF y 18 del CPDF. Paso a su examen.

C. La previsibilidad del resultado típico que se produce. El que se produzca un resultado típico que sea previsible es condición necesaria del tipo penal culposo. Ahora bien, el artículo 26 del CPC alude como un primer indicador a la «normal» previsibilidad del resultado típico que se produce. Mismo que no citan los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF, pero el que, dado el significado de "previsible" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como "aquello que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales", creo que es por igual válido para ponderar dicha «previsibilidad» como un primer parámetro (aunque no para decidirla sin más) como enseguida lo fundamentaré. El otro baremo —que se correlaciona con el anterior— estriba en que *«las circunstancias» en que se actúa u omite generen un concreto riesgo desaprobado de dañar. Esto es, "circunstancias" en la que se actúa de las que se desprenda la específica «previsibilidad» del resultado.* Lo cual prevén los sendos artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC.

En efecto, la "normal" previsibilidad, como fuente del deber de cuidado según el artículo 26 del CPC y de acuerdo con las razones que se dan en su Exposición de Motivos,⁷²⁴ se hace descansar. En la «capacidad promedio y común de las gentes» para anticipar que, con una determinada conducta y en ciertas

⁷²⁴ Ver Exposición de Motivos del Código Penal de Coahuila, op. cit., pp. 201 y ss.

circunstancias se genera un riesgo con el que muy probablemente se produzca un resultado dañoso con motivo de esa clase de conducta. Por ejemplo, faltará una conducta generadora de un riesgo no permitido que normalmente haga previsible dar pie al resultado: cuando una persona conduzca un vehículo sin que se adviertan fallas mecánicas o defectos en los frenos y todo parece bien cuando maneja. Porque es claro que según los datos anteriores no es «normalmente» previsible que fallen aquellos sólo por conducir el coche. Ni aun por la circunstancia de que se inicie un descenso en una pendiente. Pues este extremo en particular y junto con las condiciones anteriores, tampoco permite «normalmente» prever que aquella sea una causa para que los frenos dejen de funcionar o se originen defectos en ellos por los que podrá causar daños. El que se exigiere al sujeto activo, como a todo conductor, que momento a momento verifique la condición de los frenos de su vehículo, incluso cuando los frenos parezcan funcionar bien, equivaldría a pensar que la ley, en lugar de diligencia, exige a los individuos una "súper diligencia". Lo que sería incongruente con la vida normal de relación y de movimiento no sólo no prohibidos por la ley, sino ampliamente permitidos. Pues es claro que aquella se estancaría en él más dañoso de los estatismos, si se exigiese que cualquier posibilidad eventual, remota o lejana, hiciera que verificáramos, momento a momento, la prudencia de nuestro obrar. Y es igualmente nítido que esos criterios se llevarían mal con el derecho de libertad general de acción de las personas. En otras palabras, los deberes de cuidado fundados en la «previsibilidad» se deben basar en pautas «normales» según la «capacidad común de las gentes y la experiencia general» para anticipar que la conducta riesgosa es desaprobada porque probablemente con ella se causará el daño que se produce o no se le podrá evitar. Por ello, sería incorrecto sostener que antes de tomar una pendiente se actualice siempre el deber de primero revisar los frenos del vehículo y que el chofer violaría si omite hacerlo y aquellos fallan en forma súbita, causando daños, cuando antes aquellos funcionaban correctamente.

Es pertinente pues dejar en claro que la apreciación de las reglas de cuidado que en última instancia se funden en la «previsibilidad» del daño y que toda persona debe tomar para evitar generar riesgos desaprobados que sean motivo de un daño, se debe regir por criterios de «normalización», ajustados a «las circunstancias del caso concreto» por las que se dé un riesgo directo y claro de originar el daño. Pues es obvio que en tal aspecto, las normas jurídicas de cuidado que en última instancia se funden en la «previsibilidad» se basan en pautas de término medio pero ajustadas a las particularidades del caso concreto. Por lo tanto, de entrada nos tenemos que referir al curso ordinario o necesario de la vida civilizada. Misma que se paralizaría si cada acción se hubiese de realizar con todas las precauciones necesarias para impedir consecuencias excepcionales. En tal orden de ideas y resumiendo: El primer baremo de la "previsibilidad" se hace descansar en la «capacidad común» de las personas según la experiencia corriente para anticipar que con una determinada conducta y en ciertas condiciones, fuera de las aceptables en el curso ordinario de la vida civilizada, sea claro que aquella genera un riesgo que directamente motive el daño al bien penalmente tutelado. Pero ahora hay que insistir en el segundo baremo de la previsibilidad para la configuración de la culpa, mismo que en el fondo es el crucial, esto es, en cuanto que la previsibilidad misma se debe complementar con las "circunstancias del hecho" y las "condiciones personales" del agente al realizarlo. Pues son ellas en su fusión y junto con el índice de la «normalidad», las que deben hacer «previsible» el resultado. En efecto, en abstracto parecería obrar con culpa el médico que lleve a cabo una operación recomendada

cuando carece de título en determinada especialidad o de la práctica quirúrgica suficiente para realizarla. Mas si en el «caso concreto» ese médico no-especialista realiza las maniobras adecuadas y sobreviene alguna agravación del paciente, es obvio que hasta ese punto no se podría afirmar que actuó con culpa típicamente relevante con relación a dicha agravación, sólo porque practicó la operación sin la especialidad o sin tener suficiente pericia y, sin embargo, cuando en el caso concreto actuó adecuadamente. Y por el contrario, sí habrá base para la culpa penalmente relevante, aunque el facultativo cuente con la práctica y la especialidad aconsejables para la intervención, si es que en el «caso concreto» originó ciertas lesiones porque no realizó o realizó inadecuadamente las maniobras posibles que su especialidad aconseja respecto al caso y cuya realización u omisión claramente hacía predecible que se diera el resultado.

En síntesis, para los efectos del actuar culposo, la conducta debe infringir un deber de cuidado atribuible al agente posible de cumplir. Ese deber de cuidado puede provenir de la «normal previsibilidad del resultado según las circunstancias y condiciones personales del agente» que actúa —esto es, en el «caso concreto»— que permitan anticipar un claro riesgo no permitido que dé motivo al resultado. O bien encontrar su fuente en la violación de ley, reglamento, contrato o resolución de autoridad competente, que al sujeto le incumba y objetivamente «pueda» observar en el caso concreto para evitar riesgos no permitidos, clara y directamente relacionados con el daño de que se trate. Lo que se decide de acuerdo con las condiciones personales del agente y las circunstancias en que actúe en el «caso concreto», y las que por sí hagan «normalmente» previsible el resultado. Pero vistos esos «indicadores» desde el ángulo objetivo de un observador imparcial, el que los debe valorar según la «previsibilidad del resultado para la persona media» y la posibilidad de ajustar tal previsibilidad según las "condiciones personales del agente y del caso concreto"; todo lo cual implica un "juicio ex ante" de la conducta que se realizó.

Ahora bien, si la norma del tipo penal culposo se concibe como norma determinadora de conductas, algo que la doctrina mayoritaria hoy acepta, fijar el nivel de cuidado tomando como "referencia a un hombre medio" resulta insuficiente cuando el sujeto tiene una capacidad superior. De no ser así, se llegaría a una intolerable impunidad. Con esa base en general suele admitirse que los conocimientos superiores modifican el juicio objetivo, como se destacó en el ámbito de la imputación objetiva. Pero el punto problemático sería el tratamiento de los sujetos de capacidad inferior a la media. En este caso, la posición que apela a la evitabilidad individual se limita a aplicar también aquí el principio elemental de que a nadie puede obligarse a aquello que no está en condiciones de hacer. De una persona puede exigirse sólo hasta el límite de su capacidad. Este aspecto fundamental parecería enmarcarse en el artículo 9° del CPF, cuando prevé que la violación ha de ser de un deber que "... se podía observar según las... condiciones personales". Sin embargo, el paralelismo entre la solución dada a la omisión en el tipo objetivo y la que aquí se propone es evidente. Sin que sea admisible —se arguye— que haya diferencias entre acción y omisión que justifiquen que en aquélla no se admita lo que se concede en la otra. (Y lo cual estaría en realidad por verse, dado que en la omisión de ordinario ya hay una causalidad en marcha que no inició el omitente.) La cuestión central no sería, por tanto, si el tipo penal culposo debe entenderse como un delito omisivo, sino más bien si el mismo argumento que se utiliza para decidir la relevancia penal de las omisiones debe prevalecer en la configuración del tipo penal culposo. En otras palabras, se trataría de determinar si existe sólo una modalidad de deber jurídico, que puede imponer acciones u omisiones, o si hay dos tipos de deberes con diferentes requisitos. Ello depende de si nada más se considera la posibilidad objetiva de evitar el resultado en el caso concreto de acuerdo con pautas de término medio ajustada a las capacidades superiores exigibles, o si para decidir la existencia del deber éste

se debe ajustar a las capacidades inferiores a la media si en el caso concreto el sujeto se encuentra en esa posición. Con base en esos planteamientos Molina Fernández objeta a Roxin quien en esencia sostiene que:

(...) Si bien la completa individualización de la responsabilidad en el juicio de culpabilidad se corresponde con los principios básicos del Derecho penal, en la antijuridicidad debería manejarse un criterio objetivo-general haciendo abstracción de las capacidades que condicionan la posibilidad individual de regirse por el baremo de la norma. En este sentido Roxin afirma: «La norma se dirige a todos; y debe hacerlo así para dejar claro a aquél cuya capacidad de rendimiento es dudosa que es lo que como mínimo de él se espera, y en su caso para hacerle abstenerse de una imprudencia por asunción. Si el autor puede evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad, en general sólo determinable a posteriori.⁷³⁵

A lo cual Molina Fernández señala que: (...) La primera parte de la argumentación de Roxin no admite crítica. La norma se dirige también a quien no tiene capacidad suficiente para afrontar sin riesgo una tarea peligrosa diciéndole que no la asuma. Pero luego agrega: (...) Ahora bien, en este caso no se prescinde de las características individuales del sujeto; antes bien se le dirige la norma porque él es capaz de darse cuenta de que no domina un posible curso peligroso y por tanto puede individualmente exigírsele que no lo emprenda. La responsabilidad por asunción es algo que encaja perfectamente en el criterio individual; pero si el sujeto ni siquiera tiene la capacidad de darse cuenta de ello, ¿para qué sirve la norma desde un punto de vista directivo? Si un niño muy pequeño juega con medicamentos que da a su hermanito causándole un daño en la salud: para qué le sirve una norma de cuidado en la manipulación de productos de los que se desconoce su efecto tóxico, definida conforme al baremo de Roxin (subrayada en el texto) la que resulta objetable. Una norma cuya infracción no puede ser evitada por el sujeto pierde inmediatamente su contenido directivo y deja de ser una norma de determinación. Esto es, no sólo en la culpabilidad se examina la contrariedad a la norma de determinación, pero a Roxin y a cualquiera de los que hoy mayoritariamente mantienen tesis similares si les plantea un problema de gran magnitud. Pues si el principio elemental en la creación de normas directivas es de que no se le deben imponer deberes a nadie más allá de sus capacidades. No tiene sentido prohibir a en función de lo que fuera capaz de hacer B con conocimientos y capacidades que A no tiene.⁷³⁶

Sin embargo, la postura de Molina Fernández lleva a hacer depender la validez de todas las normas del Derecho de una subjetivización extrema que le harían perder sus características objetivas ordenadoras. Por otra parte, Molina Fernández parece olvidar la diversa función de las normas prohibitivas. De ellas se deducen dos clases de normas: de determinación y de motivación sin que éstas deban confundirse. Las normas de determinación valen para todos y sirven para valorar la antijuridicidad del hecho en virtud de la contrariedad de la conducta lesiva con la norma, por lo tanto, su función no es la de decidir si se "infringió" la norma prohibitiva de la cual provienen en virtud de que el sujeto no se motivó conforme a la misma. Mientras que las de motivación sólo tienen sentido precisamente en un contexto de comunicación con su destinatario y, por ende, sólo se dirigen a quien sea capaz de observarlas, entre otros baremos, porque la persona tenía capacidad de comprender la ilicitud de su conducta (específicamente la prohibición penal) y conocía tal ilicitud o la misma le fue conocida de acuerdo a las circunstancias en las que actuó. Asimismo, decir que en el ámbito de contrariedad con la norma de determinación carece de sentido prohibir acciones imposibles de acatar en función de las capacidades o los conocimientos personales, es volver a pasar por alto que la función de las normas de determinación es la de valorar el carácter antijurídico de la conducta, pero no es la de dirigir o motivar a la persona a que se comporte conforme a la norma y, en su caso, decidir su "infracción" de la norma prohibitiva. Y desde luego que sí importa valorar el carácter antijurídico indiciario de la conducta no solo en función de la integración del tipo penal culposo sino, además, en atención a la responsabilidad civil que pueda provenir de ese hecho antijurídico, incluso si el tipo penal culposo se comete inculpablemente. Asimismo, la omisión en el ámbito objetivo del tipo penal doloso de resultado se valora exactamente igual que la acción en el tipo penal culposo. El hecho de que en el tipo omisivo doloso se tenga que complementar la valoración a efectos del dolo con el conocimiento de las circunstancias del hecho y la voluntad de no realizar la acción

⁷³⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 1037 y ss.

⁷³⁶ Fernando Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Prólogo de González Rodríguez Mourullo, José María Bosch editor, Barcelona, España, 2001, pp. 471 a 477.

posible para evitar el resultado, son exigencias que se imponen al tipo doloso tan para ajustarse al entendimiento de los datos de su realidad que eviten su artificialidad, como para evitar las manifestaciones más irracionales del poder punitivo. Pero ello en nada cambia que la esencia de la antijuridicidad —en una y otra clase de injusto— sea la objetiva realización de una conducta contraria a la norma que lesiona bienes jurídicos. Por ende, no corresponde en el estrato de la tipicidad decidir la «previsibilidad» desde la perspectiva de las capacidades y los conocimientos del autor en el caso concreto; es decir, según la capacidad de comprensión y el conocimiento o la fácil posibilidad de conocimiento que el agente tuvo acerca de las circunstancias en que se conducía —"juicio ex post"—. Toda vez que estos últimos extremos forman parte de los índices de la culpabilidad.

Sin embargo nada de lo dicho parece atender a un punto toral: El que no es lo mismo atender a las capacidades del agente según su conocimiento del caso concreto —lo cual sí compete decidirse "ex-post" en la categoría de la culpabilidad—, que tener en cuenta la posibilidad objetiva del agente en el caso concreto para observar el deber de cuidado, porque la imposibilidad objetiva en el caso concreto de atender al deber de cuidado que no venga determinada por el propio agente, sí es materia del juicio de tipicidad a efecto de negarlo. Por ejemplo, el guardavías no puede hacer el cambio de rieles en el momento indicado porque surge de improviso una falla mecánica que le impide cumplir con su deber. Pero ello es distinto a exigir respecto a la integración del tipo culposo que el agente que realiza la actividad riesgosa tenga la capacidad de entender o darse cuenta que la efectúa, lo que sí importa para la culpabilidad. Y lo mismo es válido si para la actividad riesgosa se requieren capacidades especiales, pues serán éstas las que se tomen como baremo para resolver si se condujo conforme a las mismas. Baremo que a su vez es relativo. Porque si en un caso dado —como ya se dijo— el agente carece formalmente de la especialidad necesaria para realizar la actividad pero en el caso concreto de todas suertes la lleva a cabo de acuerdo con las pautas de aquella especialidad y aún así surge una complicación que origina el daño, no por esto debe sostenerse la configuración del tipo culposo, sino sólo cuando haya sido el carácter inadecuado de la intervención lo que originó el riesgo que se resolvió en el resultado. Como también puede suceder que el especialista por la falta de práctica carezca de la capacidad requerida, en cuyo caso debe abstenerse de generar el riesgo (principio de asunción.) Más el hecho de que ese especialista se decida a intervenir no obstante su capacidad insuficiente, de todos modos la concreta agravación que se llegue a dar habrá de ser con motivo de las maniobras inadecuadas del especialista o bien porque al ser aquella agravación previsible dada la clase de operación, aquél la hubiere podido remediar de contar con la capacidad adecuada; sin que a aquél se le puedan imputar aquellos resultados que se den por otros motivos.

En conclusión, la previsibilidad como fundante del deber en el tipo culposo es un indicador objetivo que se examina atendiendo a un doble baremo, por un lado el baremo general o de capacidad media y por el otro ajustado al caso concreto. Y ambos baremos se enjuician "ex-ante". Mientras que en la culpabilidad se examina si el sujeto podía —tomando en cuenta sus concretas capacidades personales— conocer en el caso concreto las circunstancias que dieron lugar al mandato previamente definido de manera objetiva y asimismo si le era exigible la conducta adecuada. De esa manera las capacidades inferiores a la media no pueden

excluir el tipo porque el individuo en tales condiciones debe abstenerse de actuar cuando al actuar pondría en riesgo al bien jurídico en el caso concreto debido a su incapacidad —lo cual se podría expresar en la máxima siguiente—: abstente si de antemano eres incapaz de dominar una conducta riesgosa (principio de asunción) y aún así, sin que el no abstenerse ya predetermine la culpa, pues, será preciso, además, que aquella persona sin conocimientos o capacidad suficientes realmente realice acciones apartadas a las que requiere la actividad riesgosa que emprende; mientras que tratándose de capacidades superiores por eso precisamente éstas deben emplearse en la medida que estén indicadas para evitar o disminuir el riesgo para el bien jurídico y sin perjuicio de atender si realmente en ese caso el agente se desajustó a las mismas y, además, enjuiciar en la culpabilidad si al agente realmente le fue posible ajustarse al debido cuidado según las circunstancias en las que actuó.

D. La distinción entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad. La diferencia entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad se desprende —al menos expresamente— de los artículos 18 y 29-IX del CPDF, 26 y 37 del CPC. La cual por igual es válida para el CPF de acuerdo con sus artículos 9° y 15-IX, si es que se distingue —como se debe analizar en un método lógico de prelación de los presupuestos del delito o de la pena—, entre las condiciones del «tipo penal culposo» y las de la «culpabilidad» para el delito culposo. En efecto, para el efecto de emitir el juicio de tipicidad, el párrafo segundo del artículo 18 del CPDF alude a *“...la violación a un deber de cuidado, que «objetivamente» era necesario observar*”. Mientras que el párrafo segundo del artículo 26 del CPC después de conceptualizar la conducta típica culposa señala que: *“Las circunstancias que el sujeto conoció para prever o poder evitar el resultado, serán materia de la culpabilidad”*. Y el párrafo segundo del artículo 37 del CPC considera que: *“... son cuestiones de culpabilidad, las posibilidades que el agente tiene de conocer y ajustarse al deber jurídico según sus condiciones personales y las circunstancias del caso”*. En tanto que el artículo 29-IX del CPDF dispone que será causa excluyente de delito cuando: *“En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”*. Por ende, la “culpa” como elemento objetivo —«normativo»— del tipo penal culposo se decide mediante un juicio “ex ante”. Y esto es distinto a que el incumplimiento le sea reprochable al agente. Lo que se decide mediante un juicio “ex-post”. Es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto «conocidas» por él o que él pudo fácilmente conocer.

Una cosa es, pues, que el resultado «sea previsible» en el caso concreto; y otra la es, que «le sea previsible» (en el sentido de «conocible») a quien lo causa en tal evento particular.

Por ejemplo, en un juicio «ex-ante» son normalmente «previsibles» los daños que se deriven mediante un alcance si el agente hace alto cuando maneja sin luces traseras preventivas por una vía pública. Sin embargo, si las luces fallan durante la marcha y sin que el sistema dé aviso alguno al conductor, lo que motiva el alcance cuando aquel frena: Es claro que faltan las condiciones para que el agente se percate del desperfecto y, por ende, si por esas circunstancias se motiva el daño, aunque en un juicio ex-ante la previsibilidad se mantiene, es obvio que ella decae en un juicio «ex-post», en virtud de que al agente no «le era previsible» (conocible)

causarlo. De esa forma, el agente habrá actuado culposamente y sin embargo, inculpablemente. Así mismo, es normalmente «previsible» que se cause un daño a terceros si no se respeta la señal de alto de un cruceo cuya vía tangente es libre y preferente. Y se integrará el tipo penal culposo si por ese motivo el agente causa daños que en ese caso eran «previsibles». Pero ello es distinto a que el agente se encuentre en condiciones de conocer el deber de cuidado al existir por su carril una señal de alto colocada en el cruceo de manera adecuada para la visibilidad del conductor. Pues si así fuere el caso, tan es claro que el no hacer alto hace previsible que el conductor cause daño, como en principio la señalización «le» hacía posible evitarlo observándola. El primer aspecto de la valoración constituye así fundamento para configurar el tipo penal culposo. El segundo es decisivo para empezar a sostener la «culpabilidad» del sujeto en el tipo penal culposo. Porque si el sujeto no se encontró en condiciones de conocer el deber de cuidado porque debido a la hora y a su trayectoria el reflejo solar le obstruía la visibilidad impidiéndole percatarse de la señal de alto en el cruceo y, además, transitaba por una arteria que era de libre circulación en las cuerdas anteriores, sin saber que la tangente era preferente por ser foráneo y ninguna otra circunstancia le indicara esa preferencia, aunque el tipo penal culposo se integre por ser normalmente «previsible» el resultado; de todas suertes la conducta se debe estimar «inculpable» porque en el caso concreto al sujeto no «le» fue fácilmente previsible (conocible) el riesgo ni la probabilidad del resultado, y, por ende, ha de excluirse el delito. Así las cosas, serán materia de la culpabilidad las circunstancias «conocidas» por el inculpado en el evento concreto o que en ese lance él «pudo fácilmente conocer» para prever el resultado. Porque sólo si él conoció o él pudo conocer con facilidad el deber de cuidado en el caso concreto, puede haber base para reprocharle que no se ajustara a aquél para evitar el resultado dañoso que causó. Por lo demás, es preciso que el resultado dañoso le haya sido «fácilmente» previsible (conocible) al agente que inobserva el deber de cuidado, porque sostener que sin más basta que al sujeto le haya sido previsible el resultado aún cuando las circunstancias del caso concreto le dificultasen esa previsión, conllevaría a una limitación excesiva de la libertad general de acción que no se condice con la orientación hacia un estado de derecho, en tanto que se estaría demandando que a cada momento las personas verificáramos la prudencia de nuestro actuar que en principio no sólo está permitido sino que él mismo está protegido en cuanto apareja el ejercicio de nuestro derecho general de acciones libres.

Lo expuesto hasta aquí permite ya concluir con certeza, que en el Derecho Penal Mexicano vigente, el carácter «subjetivo» de la conducta en el «tipo culposo», aunque es esencial también es sólo marginal a los efectos de la tipicidad, en cuanto que el fin de aquella debe discrepar del resultado que causa. Y que la «previsibilidad» y la misma «culpa», no son, ni pueden ser, elementos puramente «subjetivos» del tipo como parecen estimarse por la opinión dominante. Pues de acuerdo con los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC, para que el sujeto se conduzca típicamente con «culpa» es innecesario que prevea el resultado o siquiera que a él «le» sea previsible (conocible), pues basta que tal resultado sea previsible en las condiciones del caso concreto de acuerdo con un juicio ex-ante, en tanto el juicio ex-post de dicha previsibilidad, en el sentido de fácil conocibilidad se deja a la culpabilidad. La previsibilidad como fundante del tipo penal culposo se resuelve pues de manera objetiva en el caso concreto, de acuerdo con baremos normativos en un juicio ex-ante. Los que se sustentan en la violación de un deber de cuidado ajustado a ciertas condiciones que favorecen la seguridad jurídica en la especificación típica penal de la «culpa»; mucho más que una noción

«pseudo-subjetiva» de «previsibilidad» que deviene en una idea todavía más difusa de que la que ya es la primera para sustentar la tipicidad de la culpa. Y porque desde la perspectiva meramente subjetiva de la previsibilidad —sin baremos objetivos adecuados al caso concreto— en realidad casi todos —si no es que todos— los resultados son “previsibles”. Es más, la previsibilidad es difícilmente conciliable con el enfoque subjetivo individual, porque sin problema se puede admitir que la previsión es subjetiva —cuando alguien prevé algo—, pero con dificultad se puede explicar cómo puede ser también de carácter meramente subjetivo algo que es “previsible” pero sin que sea previsto. Cuando precisamente el tipo penal culposo de los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC se configura no sólo cuando el resultado típico se previó confiando en que no se produciría, sino también *siempre que tal resultado típico (que no se previó) haya sido “previsible”*. Por lo demás, el aspecto subjetivo de la culpabilidad en los delitos culposos no siempre exige que al realizar su conducta el agente conozca el deber de cuidado que viola. Porque es suficiente que aquél esté en fácil posibilidad de conocerlo para que tal culpabilidad se configure, todo lo cual estrictamente no es una cuestión subjetiva, sino prevalentemente normativa. (Artículos 9°-párrafo-segundo y 15-IX del CPF, 18-párrafo-segundo y 29-IX del CPDF y 26-último-párrafo, 37-último párrafo y 51-VII del CPC.)

E. La infracción al deber de cuidado como causa del resultado. Ahora bien, aún dadas todas las condiciones «objetivo-normativas» expuestas para configurar la conducta culposa, el tipo penal que la constituye no se actualizaría si no se da otra condición «normativa» adicional. De la cual me ocupo enseguida. El artículo 26 del CPC refiere que la valoración que se haga de la «eficacia causal» de la violación del deber de cuidado respecto al resultado, se ajuste a través de la fórmula siguiente: *“Violar un deber será causal cuando el resultado podría evitarse con la acción u omisión posible y adecuada”*. Ésta regla es complementaria a las de causalidad y se basa en una de las pautas de la imputación objetiva. Misma que, como se verá, es aplicable por igual conforme a las fórmulas del tipo penal culposo de los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF.

En efecto, otro requisito normativo de la conducta culposa consiste en que la contrariedad al deber jurídico de cuidado sea la que «determine» producir el resultado. Porque así como la culpa no se configura si en el caso concreto falta la norma jurídica «conducente» que imponga el cuidado mediante el cual se intenta evitar el riesgo no permitido que dé motivo al resultado; o si faltan las condiciones por las que se haga normalmente previsible no evitar el resultado en virtud del claro riesgo de originarlo con la conducta que se realiza. Tampoco se conforma el tipo penal culposo cuando la infracción al deber no sea la «determinante» para causar ese resultado. *Y la infracción al deber de cuidado será «indeterminante» del resultado, si de observar el cuidado debido de todas suertes el daño se habría verificado.*

Me explico. Ya se precisó que la conducta contraria al deber ha de generar un riesgo no permitido por el fin de protección de la norma. Esto es, un riesgo que transgrede el fin de protección de aquella con relación al bien jurídico que se daña en el caso concreto —riesgo no permitido—. Sin embargo, para que la generación del riesgo relevante —no permitido— por actuar fuera o en contra del ámbito de protección de la norma, sea decisiva para «motivar» el resultado, es preciso que se le complemente con el «correctivo» del supuesto alternativo que permita sostener sin duda que el «motivo» trasgresor fue el «determinante» para causar aquél resultado. Sino fuere así, se estaría desatendiendo a la función preventiva de la norma que establece el deber. Pues si la razón del resultado se focaliza en la simple violación formal del deber, se desatendería a la función de la norma de proteger al bien jurídico del daño en la medida que éste sea evitable por cumplirse con ese

deber en el caso concreto. Y ello precisamente implica, además, una doble valoración acerca de la causa del resultado en los tipos penales culposos. La valoración de una causalidad «física» y, además, la de una causalidad «normativa» por la cual se pueda afirmar la relevancia penal por culpa del desvalor de la acción con relación al resultado.

En efecto, al disponer el párrafo segundo de los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF que: "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría «en virtud» de la violación a un deber de cuidado...".⁷³⁷ Y por su parte, al señalar el artículo 26 del CPC que: "Se conduce con culpa quien decide realizar una conducta y ésta viole un deber de cuidado que «motive» un resultado típico previsible que no previó; o que previó pero no aceptó".⁷³⁸ En realidad esos artículos condicionan el nexo causal no sólo a la causa física que origina la conducta del autor, sino que exigen una condición más para que el resultado se pueda atribuir objetivamente al desvalor de la conducta culposa. Esa condición adicional consiste, en que en el caso concreto sea la violación del deber de cuidado la que «determine» el resultado. Esto es, que el resultado se deba precisamente a la violación del deber. O dicho con las palabras de la ley: Que el resultado se dé «en virtud» de la violación (artículos 9° del CPF y 18 del CPDF.) Que la violación «motive» el resultado (artículo 26 del CPC.)

Ello implica que —además de ponderar la causalidad física— se deba hacer una evaluación objetiva-normativa en cada caso. Para examinar si la conducta que violó la norma de cuidado generó un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma de cuidado que haya sido el «determinante» en causar el resultado. En otras palabras, si la violación del deber resulta irrelevante al fin protector de la norma para salvaguardar al sujeto pasivo del daño que en el caso concreto le resulta según otras circunstancias fuera del dominio del autor, faltaría la condición de que sea la violación del deber de cuidado la que «determine» el daño. O dicho de nuevo con las palabras de la ley, faltaría que el resultado se dé «en virtud» de la violación (artículos 9° del CPF y 18 del CPDF.) Que la violación «motive» el resultado (artículo 26 del CPC), porque el daño se hubiere evitado de haberse ajustado la conducta al deber de cuidado.

Ello se confirma con lo que preceptúa el artículo 26 del CPC. El que establece la ponderación de la «eficacia causal» de la violación del deber de cuidado respecto al resultado en los tipos penales culposos, a través de la fórmula siguiente: "Violar un deber será causal cuando el resultado podría evitarse con la acción u omisión posible y adecuada". Lo que también es admisible en el CPF si es que se quiere dar un contenido objetivo más amplio al caso fortuito que aquél prevé como causa excluyente de delito en el artículo 15-X (no necesariamente vinculado a la inexistencia del dolo o culpa, pero sí para la falta de tipo penal doloso o culposo en el caso concreto con motivo de esa causal.) El criterio anterior se corrobora de vuelta en la fracción I del artículo 42 del CPC. Pues dicha fracción I prevé que hay atipicidad por caso fortuito en los casos de "... aparente tipo penal culposo, si aun de observar el deber de cuidado, el resultado se pudo producir". El legislador coahuilense estimó así que la violación del deber de cuidado en esos eventos «no es determinante» para la verificación del resultado; es decir, cuando de haberse ajustado la conducta al ámbito de protección de la norma, de todas suertes el resultado se hubiese podido producir. Por ejemplo: Si aun respetando la velocidad permitida hubiese sido inevitable arrollar a la persona que de improviso se cruzó al paso. Y aún cuando al respecto operase la diversa razón de que el resultado se excluye debido al actuar auto-responsable de otro, tal razón no sería

⁷³⁷ Los cochetes son míos.

⁷³⁸ Idem.

válida cuando se tratase de un infante. Pero veáse el diverso ejemplo que da Díaz Aranda: (...) si el clínico omite hacer la prueba del SIDA al donante de sangre y con ella se realiza una transfusión a otra persona que se infecta, si acaso se prueba que aún de haberse practicado la prueba en ese tiempo no se hubiese detectado la infección por hallarse en los primeros días de incubación, de todos modos cumpliendo el deber de cuidado no se habría evitado el resultado.⁷²⁹

Ciertamente, los criterios anteriores tienen íntima relación con la doctrina de la «imputación objetiva» y de las pautas que de ella se derivan para excluir el nexo causal. Como sucede cuando *“si en el caso concreto, aun de observar el deber de cuidado, el resultado se pudo producir”*, según lo prevé la fracción I artículo 42 del CPC como uno de los motivos para la causal de “caso fortuito”. Y aunque si bien es cierto que esos casos se resuelven en parte con la tesis de las “concausas”. También lo es, que no sucede así cuando se trata de situaciones alternas que en realidad no se dieron. En eventos —como los señalados al final del párrafo precedente— en los que la concausa no opera «por sí misma y de manera suficiente» para producir el resultado y en los que la conducta del agente que se reputa como «causa» sí da lugar físicamente al resultado y aquella sí es contraria a la norma creando un riesgo previsible dentro de los fines de protección de la norma: no se excluiría el nexo causal si no se introdujera el correctivo de la hipotética situación alterna de ajustarse la conducta a los fines normativos de protección del bien y dentro de los cuales tampoco se habría evitado el resultado. Con lo que se evidencia que no toda generación de un riesgo no permitido que aparezca como motivo del resultado es siempre «determinante» para producirlo.

Además de la función física-causal de la conducta, también será ineludible que la violación al deber de cuidado sea «determinante» para causar el resultado en la medida que el cumplimiento de aquél le hubiere evitado. O dicho en sentido contrario, la conducta culposa será «indeterminante» del resultado cuando de ajustarse el agente a ese deber en el caso concreto, el resultado de todos modos se pudo producir. Por ejemplo: el agente conduce a sesenta kilómetros por hora cuando la velocidad permitida es de cincuenta y en tales condiciones origina daños porque en forma intempestiva le surge al paso otro vehículo. Mas si el agente no hubiese podido evitar el resultado aun yendo a la velocidad permitida, entonces la violación de su deber de cuidado no fue la «determinante» del resultado. La valoración se debe hacer en la medida del deber de cuidado y en el caso concreto. Tal como suceda y con el correctivo del suceso alternativo, mismo que evita que se pongan a cargo del agente eventos que en realidad son fortuitos. Lo cual, además, viene a darle sustantividad a este supuesto como causal propia —independiente y no necesariamente excluyente del dolo o la culpa— pero que sí elimina al tipo penal culposo y al delito. Porque el tema que aquí nos ocupa precisamente viene a ser un «caso fortuito» el que motiva la atipicidad del hecho. Ya que si se arguye que de ir a la velocidad permitida, el sujeto se encontraría a una distancia menor y así habría evitado el resultado, recuérdese entonces, que también lo habría evitado de conducir a velocidad aún mayor. Pero evóquese igualmente que *en el fondo lo que importa saber es si «en el caso concreto» el respeto a la función preventiva de la norma hubiere sido suficiente para evitar el daño*. De aquí pues que el correctivo del supuesto alternativo apareje ajustar éste —nada más y nada

⁷²⁹ Enrique Díaz Aranda, op. cit., *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo...*, p. 97.

mentos— que a la condición que se estime como causa en el caso concreto y sin cambiar las demás concurrentes. De tal modo que puede permanecer la causalidad material a través de la tesis de la equivalencia de las condiciones y no descartarse el nexo causal en virtud de que la concausa no operó por sí misma y de manera suficiente para interrumpirlo y, sin embargo, en razón del correctivo del supuesto alternativo sí excluirse la conducta culposa como típica porque en el caso concreto no fue «determinante» del resultado y respecto del cual la norma ya no podía desplegar su función protectora.

Estas consideraciones que se derivan de la estructura del tipo penal culposo de ningún modo son incompatibles o rifen con las tesis jurisprudenciales —en esencia correctas— que sostienen que el concurso de delitos culposos no excluye a los respectivos delitos, ni aquél permite la compensación culposa para efectos de responsabilidad penal, como sí ocurre en materia de responsabilidad civil. Ello es así, porque quien piense lo contrario pasaría por alto las razones siguientes: **La primera.** Que los casos fortuitos en que se actualiza el supuesto alternativo no puede haber «concurso» de delitos culposos de todos los concursantes, simplemente porque falta la tipicidad respecto de la conducta de quien opere el supuesto alternativo. Con relación a esa persona ningún concurso delictivo de su conducta se le puede atribuir. **Y la segunda:** Porque bien puede haber «concurso» de conductas «típicas culposas», por ser todas «determinantes» en la causación de los daños. Esto es, sin que se dé a favor de ninguno de los concursantes el supuesto alternativo. Y en tales casos sí es posible que exista el concurso de delitos culposos en los que las tesis jurisprudenciales aludidas son perfectamente aplicables. Lo peligroso es que en virtud de un examen superficial de la estructura del tipo penal culposo y a la luz de las tesis aludidas se rechace siempre la posibilidad de excluir el delito con base en el correctivo del supuesto alternativo. Pues se desatenderían argumentos cuyo fondo nada tiene que ver ni es incompatible con los casos que regulan esas tesis y, a la vez, se omitiría examinar la estructura vigente del tipo penal culposo en el Derecho Penal Mexicano, así como los motivos que sustentan al caso fortuito como excluyente de delito los artículos 15-X del CPF y 42-I del CPC; lo que al menos devendría en desatención de justicia con base en una aplicación inexacta de la ley penal. Adviértase por igual, que al sustentarse en la ley el tipo penal culposo en el resultado que se causa “en virtud” o “con motivo” de la violación de un deber de cuidado para el resultado, se atiende a los fines preventivos generales de las conminaciones penales, pero a la vez se les limita a los casos en los que realmente la conducta culposa deba alcanzar tal relieve penal porque el resultado se dio en virtud o con motivo de la conducta contraria al deber. La función preventiva de la pena se restringe así en función de su necesidad social e impide la extensión del poder punitivo a casos que deben caer fuera del campo de la criminalización. Opera así el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo y una reducción racional del poder punitivo.

La conducta riesgosa no permitida también será indeterminante del resultado cuando éste se origine por un motivo ajeno al riesgo. Esto es, se debe negar dicha relevancia cuando el motivo del resultado es distinto al riesgo que se originó con la conducta contraria al deber de cuidado. Porque ciertamente que el resultado no se imputa cuando el riesgo no permitido es ajeno al fin de protección de la norma con relación al mismo resultado. Tales pautas sí se desprenden de manera implícita de los artículos 9º-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 26 del CPC, con relación a la estructura del tipo penal culposo. Y también lo hace en forma

expresa la fracción I del artículo 42 del CPC como causa excluyente de delito por caso fortuito. Ya antes se dio el ejemplo del motociclista que lleva a un pasajero en contravención a la prohibición en tal sentido y la cual se funda en evitar el riesgo para la vida del acompañante por la dificultad de maniobrabilidad del piloto. Sin embargo, si por descuido del conductor de un camión, éste da alcance a la motocicleta y arrolla al pasajero causándole la muerte, es claro que según los fines de protección de la norma que prohíbe al conductor de una motoneta llevar un acompañante, su violación es irrelevante en el caso concreto para determinar el resultado que se produjo, en tanto la muerte se debió al alcance descuidado del camionero y no porque el motorista perdiese el control o tuviese dificultad para maniobrar con motivo del acompañante que transportaba. Las mismas consideraciones son válidas en el caso de quien conduce un vehículo al que no le funcionan las luces preventivas de alto traseras y le da alcance otro automovilista cuando éste va distraído y sin que el chofer del auto de delante —con las luces traseras descompuestas— haga algún alto que « motive » el golpe. Porque en tal evento está claro que el « motivo » de los daños es diferente a que el automovilista de detrás no percibiera las señales de alto —que no funcionaban— pues aquellos daños se dieron por virtud de su propio descuido. De todo lo expuesto también se sigue que la imputación objetiva del resultado faltará siempre que al riesgo desaprobado que creó el agente se le una otro riesgo que se refleje en el resultado. Conclusión a la que se llega en los casos de cursos causales fuera de lo ordinario no sujetos al dominio del autor, aunque tengan como antecedente un riesgo desaprobado que originó el mismo autor. Ya que desde la perspectiva ex-ante, no hay un punto de apoyo para afirmar la posibilidad del resultado según el riesgo. De tal suerte que el riesgo —aunque sea desaprobado— no se viene a reflejar en el resultado, sino que son las concausas las que preponderantemente se reflejen en el resultado. Así sucede cuando un ciclista en estado de ebriedad es lesionado al interponerse en el curso de un vehículo cuando instantes antes el automovilista había rebasado la distancia de protección por escasos centímetros de la permitida, ya que la dinámica de la vida de relación y la falible condición humana suponen mínimos márgenes de error en la observancia de esos límites de protección en el tráfico rodado y siempre y cuando sea el hecho de interponerse al curso del vehículo por propia cuenta descuidada —y no por el descontrol del ciclista que se motive por la cercanía del vehículo al rebasar el límite de protección— el que se refleje en el resultado.⁷⁴⁰

De esta manera la tesis también puede reconducirse al caso de que la misma violación que da lugar al riesgo resulte irrelevante porque ya existe otra conducta que accionó diverso riesgo incrementando aquél y que predeterminó el resultado. Es decir, también cabe hacer notar que es insuficiente el que la conducta se estime prohibida al haber incrementado el riesgo de manera desaprobada —lo cual es correcto—, pues lo que importa es decidir si ese incremento del riesgo fue en realidad suficiente para imputar un resultado a la conducta cuando aparece otra concausa —que no es meramente hipotética— que hace dudar de que ese incremento del riesgo haya sido bastante o determinante para producir el resultado. De lo que se sigue que cuando aparezca una concausa que también influya en la producción del resultado de tal modo que no se pueda determinar que fue el incremento del riesgo de la primera acción el que se resolvió el resultado, tampoco puede imputársele

⁷⁴⁰ Adviértase que esa concepción es consecuencia de la posición sistemática funcionalista de incluir a la antijuridicidad material dentro del tipo.

éste a la conducta desaprobada.⁷⁴¹ Lo cual además nos lleva a la siguiente consecuencia: El resultado no se imputa a la conducta cuando en aquél concurre la auto-puesta en peligro de la víctima que sea responsable, en tanto cabe esperar que cada cual asuma responsablemente su ámbito de libertad (principio de confianza.) Ejemplo: Quién de súbito “torea” a un vehículo que va a exceso de velocidad, si acaso la extrema cercanía del “andante” que de pronto se orienta hacia el curso del coche motiva el descontrol del conductor y da lugar al atropello de aquél. Asimismo, la exclusión de la imputación del resultado de muerte al autor del suministro de la droga por la auto-puesta en peligro responsable del consumidor, es decir, del adulto que esté —o razonablemente se suponga— informado de los riesgos de extralimitarse en la aplicación o ingestión de la droga (dada legal o ilegalmente.) Sin que se pasé por alto el problema de la distribución del riesgo —y de la imputación— entre el activo y la auto-puesta en peligro responsable de un bien indisponible por parte de su titular. La cual por lo general no excluye la imputación al sujeto activo si las condiciones concretas hacían previsible el resultado y éste hubiere sido evitable ajustándose al deber y, sin embargo, sí puede servir de pauta para la compensación del daño —civil—.

— V —

Conclusiones

De todo lo que se expuso se puede concluir confirmando que el tipo penal culposo se estructura con cinco condiciones:

La primera de carácter material-subjetivo: *Que se realice una conducta cuyo fin discrepe del resultado que aquella causa materialmente*, con relación a un delito que legalmente admite la culpa.

La segunda de carácter normativo: *Que la conducta viole un deber jurídico de cuidado que sea clara y directamente conducente a prohibir cierto riesgo significativo de dañar el bien que tutela el tipo penal del delito de que se trate.*

La tercera, asimismo de carácter normativo: *Que la violación aparezca como el motivo del resultado.*

La cuarta igualmente normativa: *Que según las circunstancias en que se actúa exista la concreta previsibilidad de causar el resultado.*

La quinta también de carácter normativo: *Que el resultado se dé en virtud o con motivo de la violación del deber de cuidado.*

⁷⁴¹ Ver el número III-E del Capítulo Décimo Segundo.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

LOS LÍMITES DE LAS FORMAS TÍPICAS DE INTERVENCIÓN

— I —

Las formas de intervención como elementos del tipo penal

Las formulas legales que se adoptan en nuestro país para regular las formas de intervención con relevancia penal — artículos 13 y 14 del CPF, 22, 25 y 26 del CPDF y artículos 20 a 23 del CPC— «amplifican» la base de las figuras típicas. Por un lado, captan las conductas específicas que describen o implican las mismas figuras típicas de los delitos. (La **autoría material**.) Por el otro, también atraen a otras conductas que no encajan exactamente en aquellas, pero que las dominan, determinan o hacen posibles, concurriendo a su realización. (La **autoría mediata**, las distintas clases de **coautorías**, la **inducción** y la **complicidad**.)

Esas otras conductas aportan condiciones objetivas y subjetivas que coadyuvan a ejecutar la conducta material o directa que concreta la figura típica de un delito. Motivo por el cual, a las personas que las realicen se les estima «autores» y «participes» en la comisión del delito que se llevó a cabo con o por su intervención. Las fórmulas que arbitra la ley penal como formas típicas de participación o intervención en el delito son las siguientes:

La «**autoría o coautoría material**», que consiste en la conducta de «*quien o quienes realizan por sí*» la conducta específica que prevé la particular figura típica de un delito. (Artículos 13-II del CPF, 22-I del CPDF y 20-I del CPC.)

Se podría decir que si el «autor material» es quien realiza la conducta específica, dolosa o culposa de la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa, por lo tanto, para esos supuestos sería innecesario insertar una fórmula general. Pues en puridad tales conductas ya se incluyen en las propias figuras típicas o en los dispositivos amplificadores de la tentativa y el tipo penal culposo, pues en ellos se hace mención expresa y franca a un sujeto activo o *autor material*: “Al que haga esto” o “al que omita aquello”, “al que inicie la ejecución” o “al que —con su conducta— contrarie un deber de cuidado”. Empero, las fórmulas de los códigos penales captan otros fenómenos que están fuera del cerrado y abstracto círculo de los «autores materiales» a los cuales aluden las figuras típicas de los delitos consumados, de la tentativa y el tipo penal culposo. Esos son los casos:

De la «**autoría o coautoría directa**» porque se empleen mecanismos o medios ciegos para completar la acción que los autores realizan por sí. (Artículos 13-II del CPF, 22-I del CPDF y 20-I del CPC.)

De la «**autoría mediata**» por servirse de otro. (Artículos 13-IV del CPF, 22-III del CPDF y 20-II del CPC.)

De la «**coautoría por co-dominio del hecho**» (coautoría tumultuaria concertada y coautoría por co-dominio funcional) por previo acuerdo o preparación y actuación conjunta durante la ejecución (en co-dominio del hecho.) (Artículos 13-I-III del CPF, 22-II del CPDF, 20-I y 22 del CPC.)

De la «**inducción**» por determinar al autor o a otro partícipe. (Artículos 13-V del CPF, 22-IV del CPDF 20-III del CPC.)

De los «**cómplices**» por ayuda o auxilio doloso (previo, simultáneo o posterior) al autor que realiza el evento punible. (Artículos 13-VI-VII del CPF, 22-V-VI del CPDF y 20-IV-V del CPC.)

De la «**autoría indeterminada sin acuerdo previo**». (Artículos 13-VIII del CPF, 26 del CPDF, 20-VI y 22 del CPC.) Y,

De la «intervención en delito emergente». (Artículos 14 del CPF, 25 del CPDF y 21 del CPC.)

Ciertamente, la opinión de que la participación corresponde al tipo penal fue casi extraña en México durante mucho tiempo. La mayoría de la doctrina se orientó por la sistemática causalista o lógico-formal. La que partía de la idea de que el dolo y la culpa residían en la culpabilidad. De aquí que se pudiera hablar de la punibilidad de los demás partícipes hasta después de verificar la responsabilidad del autor. Lo que llevó a estimar a las formas de participación como causas de extensión de la responsabilidad o de la pena a los demás donde su acción se ajustase de manera lógica-formal a dichas formas de participación o bien ésta hubiese fungido como condición causal en la realización del hecho. A esa postura contribuyó en cierta medida el entendimiento del artículo 13 del CPF. El que se refería a los que interviniesen en el delito con la expresión "son responsables". Misma a la cual vuelve ahora aludir el artículo 22 del CPDF. Y a lo que se sumó la postura de la SCJN en el sentido de que el dolo o la culpa y la misma responsabilidad penal se debían estudiar sólo en la sentencia y no antes. Mas esa situación cambia con la reforma al artículo 13 del CPF por la cual se suprimió la expresión "responsables" y con las implicaciones de la reforma a los artículos 7°, 8°, 9° y 15 del mismo CPF que ubicaron al dolo o la culpa en el tipo penal y le dieron a la culpabilidad penal un contenido nuevo. Situación que se repite luego en el CPC de 1999 y el CPDF de 2002, pues aunque éste último en su artículo 22 vuelve a hablar de "responsables", en su apostillado anticipa que se refiere a "autores y partícipes" e igualmente mantiene una postura que claramente permite ubicar al dolo o la culpa en el tipo penal.

Por lo demás, el que se aluda en la ley a que son responsables las personas que intervengan en delito a través de las formas que el mismo arbitra, para nada es obstáculo a efecto de estimar esas formas como elementos del tipo penal, pues si fuera cierto que dichas formas de intervención fuesen nada más causa de extensión de la responsabilidad o de la pena, se llegaría a la aberración de que a nadie se le podría atribuir un delito, pues dentro de esas formas está también la de autor material y es imposible que un delito se dé sin que lo cometa un autor, lo cual implica definir siempre antes de decidir la existencia del delito, que se dio la realización del tipo por aquél autor. Pero si a ello se quisiera responder que esta condición siempre se ha de dar para que luego se pueda hablar de otros partícipes —con lo cual estoy perfectamente de acuerdo—, habrá que replicar entonces que no se ve la razón de porqué al autor material se le habría de tratar en un nivel típico y a los demás partícipes sin la garantía de seguridad jurídica que el tipo penal involucra. Ésta garantía y la de igualdad se oponen a ello. Y es que tan la autoría material como las demás formas de intervención son elementos del tipo penal. Y si por otra parte se quisiera argüir que para vincular a los demás que realicen formas distintas de acción a la del autor material, primero habría que ver si ese autor se condujo típica, antijurídica y culpablemente (accesoriedad máxima), se incurriría en muchos casos en groseras impunidades e injusticias, como luego se verá. Y aunque es verdad que las formas de intervención que sean distintas a las de autor, dependen de que la conducta de aquél autor se ajuste al tipo (principio de accesoriedad típica), es igualmente cierto que aquellas deben por igual ajustarse a las condiciones del tipo penal para adquirir su propio relieve penal dentro del mismo.

En efecto, el concepto de «autor material» parte de las mismas conductas específicas de las figuras típicas de cada delito o bien de la tentativa: "el que haga tal cosa" o "el que la omita" en las circunstancias que la figura

típica describe y, en su caso, con sus modalidades. Y ciertamente también es posible que varias personas realicen a la vez las conductas de autor material de una figura típica en la realización de un hecho concreto cuyo supuesto aquella prevé (violar simultáneamente a la víctima), o bien la misma figura típica puede implicar necesariamente a varios sujetos como autores materiales (tipos plurisubjetivos). Consideradas tales conductas en su aspecto ontológico y normativo. Esto es, realizadas con voluntad y conocimiento de actualizar el hecho que prevé la figura típica y comprendiendo su sentido social. Pero es distinto lo que sucede con aquellos individuos que no despliegan la conducta de la figura típica del delito consumado o de la tentativa, aunque sí concurren a su realización, bien sea dominándola, determinándola o haciéndola posible a través de otras conductas distintas a la de los autores materiales. En tanto que las conductas de esos sujetos giran en torno de la conducta que materializa el tipo penal y, además, influyen en su realización, pero de una u otra suerte sus conductas no se captan por la que prevé la figura típica por la cual se les sanciona. Y dichas conductas diversas a las del «autor material» no podrían ser punibles si la ley no las acotara típicamente en la ley penal. Ello se podría lograr de dos maneras: 1) A través de casuísticas fórmulas al lado de cada figura típica delictiva en particular. Lo cual por cierto sería innecesario, además de farragoso. O bien, 2) Con el método diverso de regularlas en la Parte General de los códigos penales mediante dispositivos jurídicos de amplio giro, aplicables a todas las figuras típicas susceptibles de admitirlas. Tal como sucede en nuestra república.

Mariano Jiménez Huerta fue quizá el primero en México que reconoció la función de las normas sobre la participación como «dispositivos amplificadores de las figuras típicas» en el Derecho Penal. El maestro español señaló: (...) Cuando se extiende la mirada por el íntegro sistema punitivo y se profundiza en su conjunto armónico, se capta de inmediato que las figuras típicas se amplifican en proyección de las conductas de los propios sujetos activos diversas de aquellas que describen, como asimismo, en proyección de personas y conductas distintas de las que mencionan.⁷⁴² El autor ibérico atribuye a Beling el hallazgo de estos "dispositivos legales amplificadores del tipo penal". Quien los llamó tipos delictivos «subordinados» o «figuras accesorias», a través de las cuales el legislador logra la punibilidad de acciones que no son "asesinato", "robo", "violación", etcétera, y que, por lo tanto, quedarían impunes conforme al tipo delictivo autónomo.⁷⁴³

De aquí entonces que las fórmulas legales que regulan las «formas de intervención» en la Parte General de los códigos penales de nuestro país, «amplifiquen» la base típica de las figuras delictivas, a efecto de captar ciertas conductas que concurren con la conducta del ejecutor material, dominándola, determinándola o favoreciéndola; pero las cuales no prevé la figura típica del delito; la que sólo refiere a aquella en la misma figura típica.

Quien se vale a un demente para que éste hiera a otro. Quién haciendo uso de su pericia va instruyendo la maniobra del falsificador de un documento. Quien apunta con su arma a los empleados y clientes de un banco, mientras otros lo roban. Quien convence a otro a matar. Quien elabora el plan para que otros lo lleven a cabo en un secuestro. Quienes se adhieren durante la ejecución y sujetan a la víctima para que otro logre imponerle la cópula. Quién por acuerdo previo brinda auxilio posterior a quien perpetró una estafa, a efecto de encubrir la simulación; etc.: Son personas que no realizan el verbo específico de las correspondientes figuras típicas de "herir" en las lesiones, de "falsificar" en la falsificación de documentos, de "apoderarse" en el robo, de "matar"

⁷⁴² Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972, p. 218.

⁷⁴³ *Idem.*, op. cit., p. 219.

en el homicidio, de "privar de la libertad" en el secuestro, de "copular" en la violación y de realizar por sí las "maquinaciones o artificios" que se emplearon en la estafa para engañar y obtener la cosa o el lucro. Aunque es innegable que su intervención domina, determina o coadyuva a que se realice —al menos materialmente— la conducta específica de esos delitos. Intervención de aquellos que en esos casos es "anterior", "simultánea" o "posterior" a la conducta específica de la figura típica y, además, de notoria trascendencia en orden al hecho delictivo. Empero, a esas personas no se les podría punir si sus correspondientes formas conductuales de intervención no las previere la ley penal. En aquellos supuestos se está frente a las denominadas «autoría mediata», «coautoría», «inducción» y «complicidad», cuyas formas conductuales prevé la ley penal en esos dispositivos amplificadores de las figuras típicas.

Por ello, no resulta ocioso insistir en que sería un serio error considerar a las formas de intervención nada más como causas de extensión de la responsabilidad o de la pena. Pues si no fueran elementos del tipo penal: ¿cómo podríamos extender responsabilidades y penas a conductas atípicas? ¿Qué acaso la garantía individual sobre la legalidad en los delitos y las penas —que se traduce en el principio "nullum crimen sine lege" o "no hay pena sin tipo penal" del artículo 14 constitucional— no consiste en que el legislador debe especificar en la ley a las conductas y el hecho que son punibles? ¿Cómo podríamos entonces considerar con seriedad, que una conducta que es punible es a la vez atípica?

La garantía de legalidad estricta en la descripción del hecho punible como delito que se impone al Estado por el artículo 14 C, es la que hace necesario que se prevean legislativamente las normas que capten las conductas que se puedan conectar a las figuras típicas de los delitos susceptibles de ello y por las que se pretenda su punición. Y son los imperativos del estado de derecho y de la simple razón de congruencia metodológica, los que imponen considerar a esos hechos con sus conductas tan en su calidad ontológica como en su aspecto de valoración del sentido social, los que el sujeto debe tener del hecho al que concurre, *según los elementos materiales y normativos que contenga el tipo penal del delito*. Pues en esto ninguna razón válida existe para considerar a la conducta de los sujetos no-autores materiales, sujeta a condiciones distintas de las que la ley penal exige para la conducta de los autores materiales. De todo ello también surge la razón por la que esas *formas de intervención* sean elementos del tipo penal del delito al que concurren. Elementos del tipo penal que presentan una naturaleza mixta: **1)** De carácter material u objetiva-normativa. Bien sea en cuanto a la expresión física de la acción según la forma específica legal con la cual se interviene típicamente; o bien respecto al espacio, tiempo y circunstancias en los que la acción con la que se omite cobra relevancia, según dónde y cuándo se debió realizar la acción posible y jurídicamente debida que se omitió y, además, la admita la forma de intervención de que se trate. **2)** Así como de carácter subjetivo-normativo. Bien sea con el dolo, el cual debe abarcar el aforo material de la forma específica con la cual se interviene, así como a los demás elementos del tipo penal del delito en el que se participa. O bien sea con la culpa, según los casos en los que la ley la admita y de acuerdo con la forma de intervención que la permita y el delito de que se trate.

En la especie, los artículos 13 y 14 del CPF, 22, 25 y 26 del CPDF y 20 a 23 del CPC cumplen la función de acatar el principio de legalidad estricta, a efecto de «especificar» típicamente conductas "diversas" a las que ya se contienen en las particulares figuras típicas de los delitos, además de prever a las conductas de estas últimas. Y sin la cual a las primeras no se les podría punir. Lo que presupone entonces regular en la ley penal una pluralidad de conductas en la comisión de un delito. *Elo es importante, porque las conductas diversas a la*

principal no constituyen por sí distintas tipicidades "independientes" a la de la conducta que prevé el tipo penal del delito al cual concurren, ni tampoco configuran delitos distintos del que dependen, como luego se abundará al examinar la inducción y la complicidad. (En tanto que la "accesoriedad" de la inducción y la complicidad y de otras formas de intervención a la conducta de los autores es un problema que en realidad se plantea con relación a aquellos partícipes no autores.) (Ver el número IV de este capítulo.) En los sendos artículos 13 y 14 del CPF, 22, 25 y 26 del CPDF y 20 a 23 del CPC se alude a esas "formas de intervención típica". Se dan los trazos de cada una de ellas con el fin de precisar las conductas merecedoras de sanción. Y se adoptan fórmulas lo suficientemente amplias como para abarcar tanto a los autores o coautores materiales o directos, a los mediatos y a otros coautores; como a los inductores y a los cómplices. Así mismo, se contemplan la «intervención plural con ignorancia de autor» y de «intervención en delito emergente» como formas complejas.

— II —

Las formas de intervención como condición causal y sus primeros límites ontológicos y de legalidad

Cabe señalar que el artículo 20 del CPC se inicia con una base genérica que se debe cumplir para que la forma de intervención sea punible. Dicho artículo puntualiza que "... es autor o partícipe quien «pone una condición» en la realización del tipo penal de un delito". Dicha fórmula legal sienta una de las bases para atribuir a alguien participación en un delito. En cuanto trata de resolver un problema que a veces es esencial con relación a ciertas formas de intervención típica diferentes a la del autor material: ¿Cómo han de contribuir esas conductas a la realización del delito? Una pauta para resolver ese planteamiento es trasladar la teoría de la equivalencia de las condiciones al campo de las formas de intervención típica. Para otorgar la misma relevancia a todas las conductas que aportan algo a la realización del delito. Por ende, para constatar cuando una conducta tiene el carácter de condición para realizar la figura típica penal de un delito, se elimina hipotéticamente la conducta del decurso del hecho punible y si éste se deja de dar en la forma y términos que se ejecutó, se afirma el carácter de condición de la conducta sujeta a examen. Y a la inversa, si el hecho delictivo de todas suertes se hubiere llevado a cabo en la forma y términos en que se dio se niega entonces el carácter de condición causal a la conducta que se cuestione como condición.

Sin embargo, la teoría de la equivalencia de las condiciones aplicada a las formas de intervención típica puede extender en forma ciega la punibilidad. Como también puede conducir a soluciones que lindan en impunidad.

Es decir, puede llevar a punir por conductas no dolosas o inculpables e incluso cuando sean ajenas a las formas de intervención específicas que la misma ley penal señala. Pero también esa tesis puede llevar a excluir como partícipes a cómplices reales o estimarlos como tales aún cuando puedan ser coautores, con la creencia de que siempre o en todo caso su aporte debe ser condición esencial sin el cual el hecho no se habría cometido. Por ello, hay que atender a las dos primeras condiciones que limitan los excesos y corrigen los defectos de la mera causalidad objetiva y la encausan por los justos cotos de la conducta típica penal en un estado de derecho. La primera es: la condición ontológica-formal-material, que consiste en atender a que la participación en un delito debe necesariamente asumir la forma específica y el sustrato material de intervención típica que prevé la ley penal y de acuerdo con los límites —ontológicos-valorativos— que la tipicidad le impone,

para que sólo si se dan las condiciones que la ley penal señala y se derivan de la tipicidad, se pueda luego atribuir a cada cual su culpabilidad en el delito. La segunda es: la condición ontológica-subjetiva-normativa. Esto es, atender a que en las formas de intervención se incluye o está necesariamente implícito un contenido subjetivo-normativo que se debe cumplir. Pues cada forma de intervención requiere que se realice —según los casos y la ley aplicable— con dolo o culpa.

Bien señaló en su tiempo M. E. Mayer: (...) La persona responde frente al Derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace.⁷⁴⁴ De Mayer y de Schumann deriva Carolina Bolea Bardon que: (...) No sólo el autor inmediato individual responde por su conducta, también el autor mediato, el coautor, e incluso los partícipes responden por lo que ellos mismos hacen.⁷⁴⁵ A lo cual sólo me permitiría añadir: En la medida de que su conducta se prevea y se capte típicamente en la ley penal en sus condiciones ontológicas materiales-subjetivas y de carácter formal y, en su caso, se den las condiciones de accesoriadad típica que también se derivan de la ley penal. Y es que el mero criterio causal de la participación, metodológicamente pasa por alto los lindes formales y sustanciales con los que la ley penal distingue a los «autores» de los «instigadores» y los «cómplices» en el delito involucrando cuatro consecuencias indeseables:

1º. El criterio meramente causal no da criterio alguno de diferenciación y delimitación de las formas de participación según las prevé la misma ley penal, sino que por el contrario las nivela y parifica. Y si el Derecho positivo diferencia varias formas de intervención, es imposible encontrar los parámetros de esas distinciones de acuerdo con aquel criterio, el cual tampoco puede dar las razones de aquellas diferencias que hace la misma ley.

El aporte material causal como factor casi exclusivo de la participación ya se sostuvo en el CPC desde 1983 hasta 1991. El artículo 19 del CPC disponía: “Serán responsables del delito los que pongan una condición para su realización”. El CPC no reguló durante ese período ninguna «forma específica» de “participación”. Esta postura tiene su antecedente en el Código Penal Italiano de 1930, que recoge un modelo unitario formal de la participación y que, por, ende, apoya un concepto extensivo de autor. Con lo que la postura del CPC de 1983 se distanció de la distinción entre autores, inductores y cómplices. Pero aun cuando la ruta de la ley penal en México ha sido diferente a aquella —salvo casos excepcionales como el de Coahuila— en muchas partes del país existe la opinión difundida de manera importante en el foro y la judicatura —e incluso en las escuelas de derecho— de que “es autor o partícipe quien causa o contribuye a causar un resultado típico”. Es cierto que las nociones anteriores parecen ser congruentes con una posición causalista casi rabiosa, de que el tipo penal es objetivo y la culpabilidad es subjetiva. Por lo tanto, sólo puede ser objetiva-material la aportación al tipo de los autores o partícipes, mediante la «condición» que pongan para su realización. Mas una consideración así — que ni siquiera sostuvieron la mayoría de los causalistas ni menos sus más destacados representantes a través de la tesis objetiva formal— es del todo insuficiente para explicar cómo quedan entonces las diferencias que hace ahora la ley penal coahuilense y la del Distrito Federal y las que siempre mantuvo la federal entre las diversas «formas» de intervención que la misma ley penal arbitra. Defecto que conlleva las consecuencias siguientes: 1) Aquella tesis incumple con la garantía de legalidad y seguridad jurídica en un Derecho Penal

⁷⁴⁴ M. E. Mayer. Citado por Carolina Bolea Bardon, *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, España, 2000, pp. 116 y 117.

⁷⁴⁵ Carolina Bolea Bardon, op. cit., p. 119.

que sea congruo con un estado de derecho. Pues así sucede cuando la ley no especifica la conducta punible con la cual se interviene en el hecho delictivo; e igual acontece cuando el juzgador se desatiende de las que señale la misma ley. Y más aún, cuando es la misma ley la que delimita y diferencia las conductas de los autores materiales —con las que construye las figuras típicas de los delitos en particular— respecto de aquellas otras conductas que aquellas figuras típicas no describen ni implican, pero que la misma ley sí contempla en las formulas de intervención en el delito y por las cuales aquella amplía la base de las figuras típicas. Pues así como nada legitimaría al legislador para que en sede de los demás sujetos diversos al autor material que lleguen a intervenir en un delito, omitiese especificar en qué consistiría la conducta por la que habría de sancionárseles con pena. Menos aún hay nada que legitime al juzgador para que en sus juicios desatienda en su íntegro y congruo sentido jurídico-penal a esas formas específicas que la ley ya arbitra. Por el contrario, tal proceder legislativo o judicial pugnaría con la garantía de legalidad en los delitos y las penas. 2) Por lo demás, el sostener que será responsable del delito «*el que ponga una condición para su realización*» apareja la imposibilidad de explicar la posición del sujeto activo-no autor o incluso de ciertos «autores» que llevan a cabo la conducta material pero que obran excluidos de delito. Pues el sujeto será responsable o excluido de delito. Pero no ambas cosas. 3) Y esa concepción también es insuficiente para fundar a la conducta culposa. Pues ésta se opone a las preposiciones “para”, “determina”, “dolosamente” que se emplean por la ley en algunas formas típicas de intervención. Las que implican un contenido de fin, precisamente el de realizar el delito en el que se interviene.

2°. La segunda consecuencia indeseable de una postura causalista como la expuesta es porque desatiende, precisamente, al carácter doloso y excepcionalmente culposo en los que se deben dar las formas de intervención conforme a la ley.

El imperativo ontológico valorativo de las formas de participación se da por los mismos mandamientos y razones en los que se basa el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal; así como por los contenidos de significación social que el mismo legislador introduce en el tipo penal a través de los elementos normativos. La última consideración es válida, porque el legislador acompaña a la conducta —que es su objeto de regulación y sin desnaturalizarla— de ciertos elementos normativos en el tipo penal. Los que aparejan que esas formas típicas asuman tal carácter subjetivo valorativo en el sentido de que el agente deberá comprender su significación social al realizarlas. Las mismas razones por las que surge el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal en las figuras típicas, devienen sostenibles para que el sujeto al que se dirige esa valoración se haya ajustado con su conducta a la significación típica de la conducta y aquél haya captado también el significado social de valor y desvalor —en la esfera paralela del profano— de los elementos de tal clase que el legislador introduzca en el tipo con relación a la conducta.

3°. La postura causal propia en la práctica situaciones que de resolverse sólo conforme a aquella devienen extrañas a un sano sentido de justicia.

Ello motiva, si acaso, «ajustes» jurisdiccionales a veces ajenos a la ley pero que tienden a ser congruos con los principios de un estado de derecho. La tesis siguiente del TSJC ilustra en algo el problema:

COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO. LA CONDICIÓN CAUSAL DE TERCERO. "Dentro de la teoría de la "conditio sine qua non" se debe afirmar el carácter objetivo causal de la acción de la inculpada: consistente en portar en su cintura el arma, cuando se inició y desencadenó la agresión en su contra. Pues de no portarla, el resultado se deja de producir. Más si bien es cierto que objetivamente se surte el carácter de condición causal de la conducta de aquella en la producción del resultado letal. También lo es, que tal condición es insuficiente para sostener la tipicidad penal de la intervención por audio de la inculpada. Pues amén que tal postura nos llevaría a una ciega extensión de la responsabilidad penal: retrotrayéndonos al ya periclitado principio del "versare in re illicita". Mismo que se superó por la ciencia moderna del Derecho Punitivo. También es innegable que dicha extensión es incompatible con la fórmula del Código Penal. Ya que en este se incluye al elemento subjetivo del dolo; el cual restringe los excesos de la mera causalidad objetiva y encausa a las formas de intervención por justos límites. Pues la ley requiere que la condición se ponga "para" que el delito se realice. De tal suerte que si falta dicho requisito, aunque la condición tenga objetivamente relevancia causal; jurídicamente y para los efectos penales, la conducta es atípica.⁷⁴⁶

No es ocioso reiterar entonces que la simple causalidad objetiva-formal es insuficiente y, además, es un parámetro cuestionable para todos los casos —aunque sí sea válido en la mayoría como una de la pautas— si se le entendiera siempre como única condición causal necesaria o esencial para poder atribuir a alguien intervención típica en un delito como autor o partícipe, pues con ello se omite examinar la adecuación a la ley de la conducta específica la coincidencia de ésta con el aforo material de aquella; esto es, se ignora indagar su subsunción en alguna de las «formas» por las que intervienen los partícipes según las indica la misma ley penal y el sentido material de las misma que se desprende de aquellas, así como con el dolo o con la culpa que respecto de ellas requiera la misma ley penal según el caso particular.

4°. La postura causalista también es incapaz de explicar —en el ámbito de la tipicidad— las distinciones que el legislador hace según las diversas formas de intervención que incluso se reflejan en una penalidad legal disimil para los autores y los cómplices cuya punibilidad legal a su vez es accesoria a la de aquellos, al igual que las diferencias que se dan porque concurren causas de agravación o atenuación respecto de uno o más de los intervinientes, pero no en todos.

En efecto, para que la conducta del agente pueda tener alguna relevancia típico penal —de acuerdo con los extremos de los artículos en análisis— es necesario que: **1)** Que la condición asuma —material y normativamente— alguna de las «formas típicas de intervención conductual» que señala la ley —y sin que sea suficiente con que se ponga una indiferenciada aportación causal—. **2)** Que la intervención sea dolosa —con el contenido de voluntad final y de comprensión de los elementos normativos del tipo penal— o bien culposa si ésta forma la admite la ley penal tan para esa forma de intervención como para el delito de que se trate —y sin que tampoco baste la mera aportación causal ni siquiera materialmente diferenciada—. Y, **3)** Que su significación típica será siempre accesoria a la realización del tipo delictivo al cual concurren por parte de un autor, ya sea que aquel se consume o quede en grado de tentativa; lo cual aparea que necesariamente se ha de dar alguna forma de autor por la cual se inicie típicamente el delito al menos en grado de tentativa —y sin que, por ende, se pueda plantear la relevancia típica-penal de las demás formas de intervención sin que primero se constate la relevancia típica de alguna autoría en el sentido antes dicho—. Así pues, aunque es cierto que el artículo 20 del CPC declara de manera manifiesta el primer requisito genérico, referente al carácter de condición que deben tener todas las formas típicas de intervención, y también lo es, que tal requisito se deduce de manera relativa entre las mismas formas típicas de intervención que consignan los artículos 13 del CPF y 22 del CPDF; es igualmente verdad que los actuales artículos 13 y 14 del CPF, 22, 25 y

⁷⁴⁶ TSJC, T. P., 114/987, sentencia 37/98, 3 de mayo de 1988, Cuarta Sala Unitaria. Ver Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T. I, pp. 572 y 573.

26 del CPDF y 20 a 23 del CPC distinguen de manera expresa las diversas formas que han de asumir las conductas punibles con las que se interviene en el delito. Mismos preceptos que también señalan diversos grados de punibilidad legal entre los partícipes, pues los artículos 13 del CPF y 22 del CPDF «predeterminan» una punibilidad legal desigual según se trate de la conducta de los «autores» o de los «instigadores» con relación a la de los «cómplices», a los que sancionan con menor severidad que a los primeros y aunque en éste último aspecto el artículo 23-III del CPC adopta el principio de equiparación de punibilidad legal, a su vez excluye un concepto extensivo de autor y rechaza la parificación punible de las formas de intervención al prever que *“al individualizar las penas, el juzgador tomará en cuenta las circunstancias que mediaron para intervenir de la forma que se trate”*, lo cual implica que a cada uno de los partícipes se le aplicará la sanción de acuerdo con los incidentes que mediaron para elegir la o las formas específicas de intervención que asumieron en el ilícito. Asimismo, los tres códigos también atenúan la punibilidad para las conductas que se realicen sin preordenación y haya incertidumbre del autor, como luego se verá. Finalmente, puede darse el fenómeno de que algunas de las circunstancias objetivas agravantes sólo sean conocidas por algunos pero no por todos los copartícipes, sin que a estos últimos les sean comunicables y, asimismo, que alguna circunstancia subjetiva que atenúe la pena sólo concorra en uno o varios de los partícipes, por lo que nada más a ellos les pueda perjudicar o beneficiar dichas situaciones sin que se puedan hacer extensivas sus consecuencias a los demás y las cuales, sin embargo, quedarían niveladas con la tesis causalista que aquí se crítica.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí sólo sirve para sustentar las bases metodológicas y las primeras directrices con las cuales se deben analizar las formas de intervención en el delito. Pero en realidad nada se ha dicho acerca del contenido conceptual de las «autorías», la «inducción» y la «complicidad»; es decir: ¿cuál es el aforo material, normativo y subjetivo con el que se satisface cada una de las antedichas formas de intervención en el delito? ¿Y cuáles son los lazos que las unen y cuáles las notas distintivas entre ellas? Para ello resulta esencial atender al sentido de las formulas que arbitran los artículos 13 y 14 del CPF, 22, 25 y 26 del CPDF y 20 a 23 del CPC. Así como a los demás preceptos que se relacionan con ellos. Porque ahora el objetivo es saber «cuáles» son los contenidos con los que se distingue a las «autorías» de los demás formas de «partícipes». (Y respecto de las que los artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 del CPC inician de ese modo la regulación de las formas típicas de intervención.) El indagar esos contenidos permite resaltar los criterios valorativos determinantes que orientan la regulación de cada forma de intervención. El interés no es sólo doctrinal sino dogmático y de efectos prácticos trascendentes en el terreno sustantivo y procesal penal. Pues más temprano que tarde el acusador deberá precisar «cuál» es la forma de intervención por la que acusa y la cual el juez debe contrastarla con los datos aportados para decidir si se dio su tipicidad; sin que aquél pueda atender a situaciones ajenas a la materia de la acusación sin exceder los límites que el estado de derecho le impone a la jurisdicción por la vía de los artículos 14, 16, 19 y 21 C. Los cuales prescinden en lo posible del sistema inquisitorio y atienden al sistema acusatorio por el cual es propio que se dividan las funciones de acusar y de juzgar entre órganos independientes entre sí y en virtud de lo cual el juez no debe rebasar la materia de la acusación. Y porque en última instancia, el juez deberá “motivar y fundar” adecuadamente y conforme al artículo 16 C, la o las formas de intervención de que se trate de acuerdo con el principio de legalidad y el ajuste de la intervención imputada a la forma legal en sus contenidos materiales y sustanciales

válidos, según los principios rectores y los criterios valorativos determinantes en la regulación legal de «quiénes» son “autores” y «quiénes» son “partícipes” en sus diversas formas, para así poder atribuir a cada cual su correspondiente punibilidad judicial según les toque legalmente. La tarea pareciera fácil si se atiende a las prescripciones del artículo 20 del CPC, pues en los apostillados de sus diversas fracciones se señala «cuál» forma de intervención es la que se trata. Pero no lo es en el fondo. Como tampoco lo es, definitivamente, en los sendos artículos 13 del CPF y 22 del CPDF que nada mencionan al respecto. Pero, además, porque las formulas del artículo 13 del CPF son más amplias que las más o menos precisas de los artículos 22 del CPDF y 20 del CPC. Pero incluso las soluciones que se dan en estos dos artículos se deben cohonestar con las reglas generales aplicables a los que intervienen típicamente y que arbitran los artículos 23 a 26 del mismo CPDF y el 23 del CPC, al igual que —en todos los casos— con los contenidos específicos de la figura típica del delito de que se trate y de sus modalidades.

Excedería sobremanera a los confines de este trabajo un análisis metódico y más o menos acabado de los supuestos legales específicos que regulan las formas de intervención en el delito. El que haré sólo esboza las líneas generales de la legislación penal vigente con relación a cada forma de intervención típica y según los límites del estado de derecho. Por ende, sólo me referiré a algunos supuestos —de los innumerables que plantea el estudio de la participación en el delito— de los que me parecen hasta ahora más interesantes desde aquella perspectiva. Y, además, para tratar de encontrar elementos comunes y diferenciadores entre ellos, que permitan dar un bosquejo ordenado de esas formas tan en su aforo o contenido material como en su concepción jurídica.

— III —

Las autorías

A. Los autores en el CPF, el CPDF y en el CPC. Los artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 del CPC empiezan la regulación de las formas de intervención con las relativas a la autoría. Lo cual es un buen principio metodológico. Porque si la ley penal al iniciar su regulación habla primero de “autores” y luego de “partícipes” —lo cual también sucede desde el párrafo inicial de los artículos 13 del CPF y 20 del CPC, al igual que en el orden en que las mencionan esos artículos y el 22 del CPDF— y, además, las colocadas en los últimos lugares de en la enumeración legal se refieren a intervenir en un hecho que otro realiza con su conducta, es claro que si cualquiera se representa las diversas acciones ahí formuladas con relación a ese hecho concreto, todas ellas giran en torno de la figura central del autor, como imagen principal del evento, donde las de los demás partícipes están en la periferia. De ahí la idea de que el “partícipe” no-autor se apoya en la representación central del “autor” se corresponda con la difundida figura jurídica de la «accesoriedad» de las conductas de los “partícipes” a la conducta típica de los “autores” como conducta principal. Con lo cual también se asume la unidad del hecho a cuya realización concurren todos los que típicamente intervienen en él. Y, por ende, *sin que sea admisible la concepción de que cada forma de participación apareja un hecho y un tipo penal o delitos distintos. Sino que sólo hay un delito al que todos concurren a su comisión realizando el tipo penal del mismo.*

No habrá así tantos delitos ni tipicidades distintas como formas de intervención típica se concreten. Sino sólo un delito en el que todos intervienen típicamente.

Por ende, emprenderé primero el estudio de las «autorías» con base en las distinciones entre la «autoría material o directa» —conocida también como «autoría única»—, la «autoría mediata», la «coautoría material o directa», la «coautoría tumultuaria concertada» y la «coautoría por co-dominio del hecho»; las que creo se contemplan en las primeras cuatro fracciones del artículo 13 del CPF, en las tres primeras del artículo 22, así como en el 26 del CPDF y en las dos primeras del artículo 20 y en el 22 del CPC, que son: **La autoría o coautoría material o directa** en que incurrirán “los que los realicen por sí” el delito —artículos 13-I del CPF, 22-I del CPDF y 20-I del CPC—. **La autoría mediata** en que incurrirán los que lleven a cabo el delito “sirviéndose de otro” —artículos 13-IV del CPF, 22-III del CPDF y 20-II del CPC—. **La coautoría tumultuaria concertada (en co-dominio del hecho)** en que incurrirán los que intervienen de aquel modo en la ejecución del delito propiciando la indeterminación del autor —artículos 13-III del CPF, 22-II del CPDF y 23-párrafo-último del CPC—. **Y la coautoría en co-dominio funcional del hecho** en que incurrirán los que “concertando o preparando” la realización del delito —artículo 13-II del CPF— lo ejecuten “conjuntamente... con otro u otros autores” —artículos 13-III del CPF, 22-II y 26 del CPDF, 20-I y 22-párrafo-último del CPC—. ⁷⁴⁷ En especial porque a las tres últimas formas de intervención referidas se les asigna la misma penalidad que a la de los autores o coautores materiales o directos, formando así filas junto con la inducción (“determinar dolosamente [a otro] a cometer el delito) en cuanto a la penalidad aplicable —artículos 13-V del CPF, 22-IV del CPDF y 20-III del CPC—; y, además, porque a las restantes formas de intervención como son las de los cómplices por “auxiliar o ayudar” antes, durante o después de la ejecución, se les asigna por el CPF y el CPDF una penalidad atenuada con relación a la de los autores, autores mediatos o coautores. De todo ello se sigue una primera idea, en el sentido de que:

Las «autorías» —como formas típicas de intervención— se hallan el centro del hecho, «dominándolo». En tanto que las demás formas de intervención —«inducción» por determinar a otro y «complicidad» por auxilio o ayuda anterior, simultánea o posterior por acuerdo previo—; se hallan en mayor o menor medida en la periferia del mismo hecho. Pero al que «no dominan». Dicho de otro modo, los autores dominan el hecho. Los demás partícipes —inductores y cómplices— no lo dominan, aunque si concurren en su realización de manera accesoria con su propia acción.

B. La idea de las “autorías” a través de la tesis del dominio del hecho. Ciertamente la idea de “autor” no se corresponde tan sólo con la de aquél que realiza materialmente la conducta que prevé la figura típica de un delito, pues quedarían fuera de la expresión legal “autores” que se contiene en los artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 del CPC, otras personas que realizan diversas conductas que prevé la misma ley donde aun cuando con ellas controlan en lo absoluto la realización del tipo, no efectúan materialmente la conducta que contempla la figura típica de un delito y las que debido a su dominio del hecho sería insensato considerarlas como formas de conducta que asumen otros “partícipes” en su carácter de “cómplices” o “inductores”. Y no sólo porque la conducta de aquellas personas no consiste en “ayudar o auxiliar” —forma que asume la conducta de un “partícipe” como “cómplice”— ni tampoco estriba en “determinar” —forma que asume la conducta de un “partícipe” como “inductor”— a otro a la realización del tipo; sino porque —como se dijo—: su

⁷⁴⁷ La coautoría en co-dominio funcional es admisible de manera limitada en el CPC según se explica en el apartado D-4 del número III de este Capítulo.

conducta —al igual que los autores materiales— se caracteriza por un control absoluto en la realización del hecho que tiene significación en la figura típica. Según Roxin⁷⁴⁶ y Edgardo Alberto Donna⁷⁴⁷ los antecedentes de la teoría del dominio del hecho se remontan a 1915 con Hegler, aunque el mismo Donna anota lo que también advirtió Díaz y García Conlledo, en el sentido de que la idea del dominio del hecho campeó desde antes con expresiones diferentes a esa.⁷⁴⁸ Sin embargo, la doctrina es coincidente que la teoría del dominio del hecho se conforma como tal con Welzel con relación a los delitos dolosos. Así, "autor" es aquél que conciente del fin tiene el dominio del hecho porque configura su existencia y su forma de ser, en tanto que los inductores y los cómplices tienen dominio sobre su participación pero no sobre el hecho mismo. Lo que no cambia en los coautores, porque entre todos cosustentan el hecho de tal modo que el mismo no se podría ejecutar o consumir sin el sustento que le da cada cual. Tal postura con matices importantes según se verá, la desarrolla luego Roxin con gran éxito en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, en la cual permean tres manifestaciones básicas del dominio del hecho como formas materiales de "autoría": 1) La idea del "dominio de la acción" por parte de quien sin depender de otro realiza los elementos del tipo. 2) La idea de que también es "autor" aquel que ejerce "dominio sobre la voluntad" de otro. Y 3) la idea de que por igual es "autor" quien junto con otro(s) ejerzan entre sí un "co-dominio funcional" del hecho.⁷⁴⁹ ¿Son esas ideas aplicables en el Derecho Penal Mexicano? Creo que sí, en la medida que correspondiéndose con las formas que la ley arbitra como de "autores y cómplices" no sólo permiten darle un contenido material a las formas de "autoría" dentro de ellas, sino que, además, facilitan un deslinde entre las diversas formulas con las que la ley arbitra la intervención típica en un delito, evitando que se impute como "autoría" formas que en realidad son de complicidad o inducción, impidiéndose con ello una interpretación desmedrada de esas formas de intervención que favorezca un ejercicio irracional del poder punitivo. Todo lo cual también conduce a otra idea: La de que las nociones de autores y participes-no autores conforme a la teoría del dominio del hecho también ha de sujetarse a las mismas formulas legales (criterio lógico-formal) a efecto de darles su sentido material diferenciador dentro del ámbito limitador de la misma ley. Veamos.

C. La autoría material o directa, como autoría única. Ahora bien, la fracción I del artículo 20 del CPC preceptúa que:

(...) Será autor o coautor material o directo "quien dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio diego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa. Igualmente, de manera culposa, cuando la figura típica admita esta forma.

A su vez, los artículos 13-II del CPF y 22-I del CPDF se refieren a esta forma con el tenor literal siguiente:

(...) Los que los realicen por sí.

Con ello se parte de un punto de vinculación necesario que proclamó la teoría objetiva-formal y que sigue siendo válido: La necesidad de acudir a las figuras típicas de los delitos en particular para la determinación del

⁷⁴⁶ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 7ª Editorial, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, pp.

⁷⁴⁷ Eduardo Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 30.

⁷⁴⁸ Op. cit., ídem.

⁷⁴⁹ Claus Roxin, op. cit., pp. 141, 151, 165, 305 y ss.

concepto de autor. Esta idea primaria de autor permite concebirlo como al sujeto que realiza la acción ejecutiva —bien sea que el tipo penal del delito quede en grado de tentativa o que se consume—. Así será autor material o directo la persona que realiza «por sí» la acción u omisión específicamente prevista en la figura típica ya sea consumada o de tentativa punible. Esto es, realizar “por sí” el delito apareja materialmente iniciar la ejecución, ejecutar o consumir la conducta propia que describa o implique la figura típica de un delito doloso, sea consumado o en grado de tentativa. Y de acuerdo con el principio de «*numerus clausus*» que recogen los artículos 60 del CPF, 76 del CPDF y 27 del CPC, la conducta culposa sólo será penalmente relevante cuando la figura típica admita esa forma y, además, se cumplan las condiciones normativas que rigen a la culpa y ésta y aquella conducta causen y determinen el resultado (en los delitos que taxativamente señala la ley.)

Es pues autor «*material*», la persona que colma por sí la acción u omisión específica que describa o implique la figura típica de un delito doloso consumado o en grado de tentativa, o bien culposo.

Ello es como se indica, porque realizar “por sí” el delito no alcanza a «cualquier conducta» que haga posible que se dé la figura típica de un delito ya que ese entendimiento pasaría por alto a las conductas que las mismas figuras típicas describen o implican. Y, asimismo, haría perder su significación a las restantes formas de intervención en el delito que regulan los propios artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 del CPC, cancelándose de ese modo cualquier criterio de distinción entre los autores y partícipes que hacen los mismos artículos. Lo cual también conllevaría a una interpretación extensiva y arbitraria de la ley, con violación de la garantía de aplicación exacta de la ley penal del artículo 14 C. La expresión “realizar «por sí»” el delito a que aluden los artículos 13-II del CPF, 22-I del CPDF y 20-I del CPC, sólo capta a los autores materiales o directos. Es decir, esa locución atrapa a quien realicen por sí mismos —materialmente o de modo directo— la conducta de la figura típica del delito de que se trate, más no comprende a quienes realicen otras conductas dominantes, determinantes o coadyuvantes, pero diversas a la que prevé la figura típica misma. Así, serán casos de «*autoría material*» el apoderarse físicamente de la cosa en el robo, el clavar el puñal con fin de matar en un homicidio, el copular mediante violencia en la violación y el engañar a otro en el fraude. En tal aspecto se debe puntualizar que sólo puede ser autor material único quien realice por sí el verbo que el tipo penal señala o implique. Sin que sea suficiente para que se le estime como autor material cuando el sujeto sólo lleve a cabo un medio típico para la ejecución, pero sin que él concrete por sí el verbo típico de la misma figura típica. Porque en tales eventos el sujeto podrá ser «*coautor*» —pero no «*autor único*»— o bien podrá ser «*auxiliador*», según los casos y tal como se verá más adelante.

Por otra parte, los artículos 13-II del CPF y 22-II del CPDF no aluden a quien “...a través de un mecanismo u otro medio ciego dolosamente realice la conducta que describa o implique la figura típica de un delito” —*autoría «directa»*— como sí lo hace la fracción I del artículo 23 del CPC. Mas cabe notar que con la expresión “por sí” también es posible concebir al “autor *directo*”.

El “autor *directo*” es quien como complemento de lo que viene a ser su propia acción específica emplea mecanismos o medios técnicos ciegos que inciden en la realización del tipo penal.

Ejemplos: Quien usa medios electrónicos para hacer pasar dinero ajeno de una cuenta bancaria a la propia. Quien activa el dispositivo electro-mecánico de una bomba para que luego la explosión dañe la propiedad

ajena. En tanto que en ambos casos el sujeto tiene el pleno dominio del hecho, donde la vía electrónica y el dispositivo electro-mecánico sirven como mero complemento técnico de la conducta del mismo autor, los que dependen sólo de él, como nada más de él depende la realización del hecho. De acuerdo con tal concepto se debe rechazar la concepción vulgar tan difundida en el foro de que será «autor» —en tales casos se suele decir que «intelectual»—: quien manda matar a otro pero que no dirige ni controla la ejecución; o quien planea el homicidio pero que se desentiende del plan y no interviene durante la ejecución del delito como parte necesaria de aquél plan, sino que lo entrega a los que podrían ser sus ejecutores. En tanto que aún cuando el ejecutor material actuara subordinado al designio del autor "intelectual", son los ejecutores quienes en realidad conservan en ambos sucesos la última decisión libre de matar. En esos supuestos los llamados «autores intelectuales» no dominan el hecho porque no controlan la voluntad delictiva de los ejecutores, ni éstos dependen de aquéllos para poder ejecutar la acción típica, quienes actuarán por su propia cuenta a tal efecto. Aquéllos —los llamados "autores intelectuales"— podrán ser «inductores» o «cómplices por ayuda», según los casos, pero de ninguna forma "autores". Y por supuesto que aquéllos de ningún modo realizan las conductas de autores materiales ni directos, porque no llevan a cabo material ni directamente la conducta específica de la figura típica y, por ende, tampoco llevan a cabo "por sí" el delito en los términos de los artículos 13-II del CPF, 22-I del CPDF y 20-I del CPC. Ya se verá, empero, en qué medida es posible en ciertos casos considerar su intervención a título de "coautores". Pero en tales eventos, subsiste la adecuación típica de la conducta del autor material como forma distinta a aquellas. Faltaría por ver los supuestos de subordinación en virtud de órdenes militares o cumplimiento de sentencias u otras resoluciones judiciales, donde es verdad que el subordinado podría actuar sin dolo, conforme a Derecho o inculpablemente, si es que se dan las condiciones para ello. Por lo tanto y en última instancia, quien planeó matar también puede ser un autor «mediato» según se verá. Pero sin que esas circunstancias sean capaces de convertir al llamado autor "intelectual" en un verdadero «autor material o directo», cuya conducta sea adecuada al supuesto de "realizar por sí" el delito.

Asimismo, los tipos penales de algunos delitos establecen ciertas condiciones o calidades personales relativas al sujeto activo, las que parecen encerrar al «autor material» en virtud de la cualidad personal que necesariamente debe tener tal sujeto activo. Por ejemplo, la de "servidor público" como sujeto activo en el peculado, o la de "descendiente consanguíneo" como sujeto activo en el parricidio. Esas figuras típicas aparejan el problema de saber si nada más puede ser «autor» material el sujeto que tenga la «calidad» típica que señala la ley. O bien, si sería admisible que el delito se cometa sin que el sujeto activo cualificado asuma necesariamente la conducta específica del "autor material". La respuesta no es simple ni absoluta. En efecto, es indudable que ciertas figuras típicas implican que el sujeto activo cualificado sea necesariamente quien realice de "propia mano" la conducta específica. Por ejemplo, por lo menos uno de los autores materiales del delito de adulterio debe tener la calidad de cónyuge. Pues resultaría absurdo que aquél pudiera hacer que un tercero realizara por él la cópula de su infidelidad. Lo mismo se puede decir del incesto, de las declaraciones falsas bajo protesta, del prevaricato, de la deserción, etc. Mas es el caso que si bien es verdad que en tal sentido todos los delitos de propia mano son de sujeto activo cualificado. También es cierto que no todos los delitos de sujeto activo cualificado deban ser, necesariamente, de propia mano. En los delitos de propia mano siempre será imposible su concreción típica sin que sea el sujeto activo cualificado quien realice la forma típica

de "autor material o directo". Sin excluir la posibilidad de que participen terceros a través de las otras "formas de intervención". Así lo declara de manera expresa la fracción II del artículo 23 del CPC. Pero del cual también se desprende que en los delitos de sujeto activo cualificado que no son de propia mano puede ser suficiente conque tal sujeto activo cualificado asuma cualquier otra forma típica de intervención, aunque no sea la de autor. Sin embargo, esto último podrá ser verdad siempre y cuando lo permitan los límites de los demás elementos del tipo penal delictivo en el caso concreto. Pues si se pasan por alto los cotos que imponen los restantes elementos del tipo penal del delito en particular, se correría el riesgo de soluciones absurdas. Por ejemplo, en el delito de administración fraudulenta es posible que el "administrador" haga que otro que no tiene tal "calidad", le presente gastos inexistentes que aquél autoriza. Empero, no sucedería lo mismo en muchos casos del delito de peculado donde en realidad se actualiza otro tipo diferente. Por ejemplo, si el "servidor público" se vale de otro con voluntad no libre para disponer del erario, se tipificará el peculado en el que el servidor público será autor mediato y ello será válido para tal efecto porque todavía se está en la esfera de los "autores". Pero si el servidor público induce a otro que no tiene tal "calidad" para que disponga del erario del que sólo tiene una tenencia precaria: el inducido no será más que autor material de un robo, en el que el servidor público será inductor de ese robo y no participe de un peculado. Más claro aún, si el servidor público omite poner seguro a la caja del erario a su cargo para facilitar la tarea de los ladrones con los que acuerda tal auxilio, sin duda que su intervención es la de cómplice en un robo y no la de cómplice en un peculado.

Tales soluciones legales están ausentes en el CPF y el CPDF. Por ende, cabe preguntar: ¿En esos supuestos será admisible una solución igual a la que da el CPC? En principio nada empece para que en esos códigos la concepción anterior se pueda construir con relación a los delitos de sujeto activo cualificado en los que por su estructura no sea indispensable que ese sujeto sea quien asuma la conducta de autor material, siempre y cuando esa idea también se ajuste a los límites que se derivan de la misma estructura típica de cada delito en el que se interviene según las circunstancias del caso concreto. Como tampoco esa laguna descarta que el mismo sujeto activo cualificado pueda actuar a título de autor mediato o de coautor, de acuerdo con las razones que más adelante se exponen. Sin embargo, es igualmente verdad que la referida osquedad legislativa del CPF y el CPDF y aún la previsión del artículo 23-III del CPC no permite hacer más diferenciaciones por las que cupiese imaginar que en un delito de sujeto activo cualificado, éste pueda asumir cualquier forma de intervención distinta a las "autorías", porque frente a esto se encuentra el mismo cerco que impone el tenor de los tipos penales que se refieren a esos sujetos activos cualificados necesariamente como "autores". Por lo que si —contrariamente al CPC— el CPF y el CPDF no distinguen, no cabe hacer distinciones.

Restaría entonces por ver los casos de ciertos delitos en los que la lesión jurídica se da por un tercero que actúa por representación del autor. Lo que se podría llamar la posición derivada de garante. ¿Es acaso exclusiva de los padres, la omisión delictuosa de alimentos a los hijos? ¿Qué acaso no podría asumir esa posición de garante quien adquiriera aquella obligación en virtud de contrato con el garante originario? Pensemos en un fideicomiso para tal fin y que el fiduciario dolosamente deje de ministrarle los recursos a los menores para su alimentación. En tales supuestos, empero, se vuelven a imponer los cercos que se derivan de la estructura típica del delito al que en realidad se ajusten aquellas conductas. Porque en el ejemplo que se

señaló, más que un incumplimiento de los deberes alimentarios, se podría tipificar un abuso de confianza o una administración fraudulenta por parte del llamado garante derivado. Y si acaso el llamado garante derivado actuara por ordenes de los garantes originarios, ya serían éstos —y no aquél— quienes de propia mano incumplirían con su obligación de suministrar alimentos. O dicho de otro modo, *en los delitos de sujeto activo cualificado que sean de propia mano es inadmisibile la autoría por un garante derivado y en los delitos de sujeto activo cualificado que no sean de propia mano, dependerá de la figura típica y del caso particular para decidir si la conducta del garante es ajustable a la forma de autor (aunque no sea la de «autor material o directo) o bien si según las circunstancias del caso concreto y los límites que se deriven de la figura típica en particular, sería factible que ese sujeto activo cualificado pudiera asumir un forma de intervención distinta a la de autor.* Paso ahora a la autoría mediata.

D. La autoría mediata dolosa.⁷⁵²

Es «autor mediato» el sujeto que *“se sirve de otro”* para cometerlo. Siendo éste último quien, al menos objetivamente, ejecuta la conducta punible. Así se desprende de los artículos 13-IV del CPF y 22-III del CPDF, el cual agrega que ese “otro” debe servir “como instrumento”, en tanto el artículo 20-I del CPC puntualiza que ese “otro” debe estar “excluido de delito”.

Las expresiones que emplean esos artículos remarcan la idea de que el “otro” no actúa delictuosamente, lo cual es válido para los tres códigos. Pues si ese “otro” participa en un hecho que aparentemente es delito, pero sin que lo sea con relación a él en virtud de que el sujeto de detrás da pie o se aprovecha de ciertas circunstancias para valerse de aquél y usarlo como instrumento, lo que motiva la excluyente con la cual obra el sujeto de adelante: es claro entonces que el sujeto de detrás a título de autor mediato *“se sirve”* del sujeto de adelante para que éste lleve a cabo el hecho que sí será delito con relación al sujeto de detrás. Si el sujeto de adelante no estuviere excluido de delito y realizara una conducta delictuosa en virtud del influjo del sujeto de detrás, la forma de intervención de éste ya sería la de “inductor” o “coautor” (en éste último evento sólo si “co-domina” el hecho como luego se verá), pero sin que en esos casos se pudiera sostener que el sujeto de detrás *“se sirve”* del sujeto de adelante, al menos en el sentido típico antes dicho. De lo dicho ya se extrae una primera pauta:

En la «autoría mediata» el sujeto «de detrás» será realmente un autor en cuanto «domine» la voluntad de quien materialmente realiza el hecho —sujeto «de adelante»—.

Sin embargo, desde ese enfoque se podría argumentar que en ciertos casos el sujeto de detrás sería realmente un autor “material” y no un autor “mediato”. Como sucedería cuando el sujeto de detrás ejerza fuerza física irresistible que anule o controle por completo la acción del sujeto de adelante. Esto es, cuando con motivo de aquella clase de impulso que ejerza el sujeto de detrás, el sujeto de adelante ni siquiera tenga oportunidad de exteriorizar libremente su voluntad en la manifestación corporal a la que físicamente se le se fuerza y que aparenta ser acción sin serlo. El sujeto de detrás en tal caso, no domina la voluntad del sujeto de adelante, sino que a éste le impide en lo absoluto la manifestación física de aquella. Tal supuesto sí parecería ser admisible en el CPF como «autoría material» del sujeto de detrás. Porque la fracción IV del artículo 13 de

⁷⁵² El CPC prevé también a la autoría mediata “culposa”, de la cual me ocupo más adelante.

ese código sólo se refiere a quien "se sirve de otro"; pero sin que esa expresión aluda a que el sujeto de adelante esté "excluido de delito" como sí lo hace la fracción II del artículo 20 del CPC que regula a la «autoría mediata» del sujeto de detrás, o como lo hace la fracción III del artículo 22 del CPDF al disponer que el sujeto de detrás se sirva del otro "...como instrumento". Con ello, la legislación coahuilense y del Distrito Federal permite concluir que deban predominar las expresiones "servirse de otro excluido de delito o como instrumento" con las que se regula a la «autoría mediata» en los artículos 20-II del CPC y 22-III del CPDF, lo cual se refuerza en el CPC si al artículo 20-II se le relaciona con el apostillado del artículo 14 del mismo código que prevé a la fuerza física irresistible como "causa excluyente de delito por ausencia de conducta", todo lo cual lleva a la conclusión de que es la «autoría mediata» la que se actualiza en vez de la "autoría material". Empero, aún así se podría sostener que esa solución lleva a la inconsecuencia lógica de que si falta la conducta, igual falta la base esencial para poder luego excluir del delito a esa conducta. O dicho de otro modo, que no se puede excluir de delito a una conducta inexistente. En suma, que es claro que en tal caso no hay ninguna «acción» del sujeto de adelante a la que se le haya de excluir de delito, sino que aquél es sólo un instrumento en manos de la fuerza física irresistible que emplea el autor, siendo éste quien en realidad realiza "por sí" la acción específica de la figura típica. Empero, es precisamente esa salida la que rechaza el artículo 22 del CPDF, en tanto que la fracción III de ese artículo expresamente alude a que se emplee al sujeto de adelante "como instrumento". Y, asimismo, porque los tres códigos conciben expresamente a la ausencia de conducta como causa que excluye al delito (artículos 15-I del CPF, 29-I del CPDF y 14 del CPC.) Lo cual tampoco debe llevar a lo que sí sería un absurdo, de sólo considerar posible la autoría mediata en el CPDF cuando el sujeto de adelante funja como mero instrumento físico, porque también esa expresión implica que el sujeto de detrás se valga del otro porque controla su voluntad no libre o de algún otro modo por el que éste último dominado en su voluntad actúa excluido de delito como se verá en este apartado. Otra objeción a las conclusiones apuntadas sería la que de estimarse que hay autoría mediata en los casos de fuerza física irresistible que anule la voluntad del sujeto de adelante, no obstante que falta esa voluntad en el sujeto de adelante se tendría que estimar que cabe la legítima defensa contra su manifestación corporal; esto es, aun cuando éste no realiza una agresión al faltarle a la misma su carácter conductual. Y en realidad es indiscutible que en esos eventos no puede fundarse el daño al sujeto de adelante en que se rechazaría su agresión con base en la defensa legítima, pero ello en nada impide para que —de acuerdo a la causal de estado de necesidad— se justifique la conducta de quien en esas condiciones daña al sujeto de adelante. Como tampoco en nada empece para que de todas suertes en la autoría mediata —por imperativo de la ley— se estime que el dominio del sujeto de detrás no sólo sea sobre la voluntad del sujeto de adelante, sino también cuando aquél anule esa misma voluntad.

El «autor mediato» —que prevén los artículos 13-IV del CPF, 22-III del CPDF y 20-II del CPC— ha de actuar con «dolo» pues lleva a cabo el delito "sirviéndose" de otro. Con lo que se excluye la posibilidad de una autoría mediata culposa. Lo que confirma la primera parte de la fracción II del artículo 20 del CPC, al abundar que será «autor mediato» de un delito quién "dolosamente" lo lleve a cabo "sirviéndose" de otro u otros excluidos

de delito.⁷⁵³ Ése otro excluido de delito es quien ejecuta la conducta que describe la figura típica. Ese otro excluido de delito será «sujeto activo» de la acción principal y en muchos casos —como veremos— podrá ser «autor material» en un sentido típico aunque igualmente excluido de delito. Pues en cualquier evento es el «autor mediato» quien conserva el dominio de la acción del sujeto activo o autor, aún en el supuesto de que coaccione al delito a quien se considere “autor material”. Conforme a ello, se debe tener presente que la excluyente de delito se puede deber a que la persona de adelante no sea sujeto de derecho penal o que al actuar padezca un error de tipo, sea inimputable o inculpable. Aparte de los casos de autoría mediata por fuerza física irresistible: *En la autoría mediata, el sujeto de detrás —que es el autor mediato— da motivo o se aprovecha de ciertas situaciones por las que dirige a su fin la conducta atípica o típica pero no antijurídica o inculpable del sujeto de adelante. Pero éste último no comete delito porque el Derecho lo excluye como sujeto de aplicación de la ley penal o porque actuó sin dolo o bien conforme a Derecho, o en circunstancias de inimputabilidad o inculpabilidad de las que se vale el mediato autor. Éste sí comete el delito al “servirse” del sujeto de adelante.*

En realidad —como se verá— en todos esos casos el delito se comete en virtud de que el sujeto de detrás (autor mediato) «domina la voluntad» de otro (sujeto de adelante) quien normalmente es el que ejecuta el hecho.

Con lo dicho hasta aquí queda también claro que:

La autoría mediata —y no sólo la autoría material— admite la posibilidad de que junto al autor mediato (o sujeto de detrás) y/o junto al autor material o sujeto activo (sujeto de adelante) en su caso, concurren otras formas típicas de intervención punibles, bien sean las del instigador y/o las de los cómplices.

Ahora bien, se puede hacer el análisis de los casos atendiendo a cada excluyente del delito en su orden de prelación lógica, según el sujeto de detrás —autor mediato— se valga de otro sin que éste sea sujeto de aplicación de la ley penal, o porque tal sujeto de adelante actúe sin dolo, sin antijuridicidad o sin culpabilidad. Aunque por los confines de este trabajo sólo me referiré a ellas a través de ejemplos significativos.

En efecto, será válido sostener que en todos los casos el «autor mediato» conservará un dominio pleno de la acción —y que el sujeto de adelante no actuará típicamente ni por tanto será autor «material»— cuando el autor «mediato» se valga de un infante o del error de tipo de la persona acerca de las condiciones en las que actúa.

Como el individuo que da una pistola a un niño de tres o cuatro años de edad para que la dispare contra otro. Y el médico que entrega una inyección de cianuro a la enfermera ignorante de esa circunstancia, para que la aplique al paciente como parte del medicamento indicado. Pues en esos eventos es pleno el dominio del hecho por el autor mediato, en virtud de la ignorancia por parte de la enfermera de la conducta que en realidad se le hace realizar o de la completa subordinación del niño al sujeto de detrás y la insuficiente comprensión de aquél acerca de la naturaleza de la conducta que realiza. En el evento de una incapacidad de comprensión de lo que se hace —como sería un infante de tres o cuatro años de edad— el sujeto de adelante es «sujeto activo», pero sin que le pueda considerar «autor material» en el sentido típico penal. Como igual se debe estimar a la enfermera, más no por su incapacidad de comprensión, sino por su falta de dolo que toma atípica su conducta.

⁷⁵³ Aunque en su oportunidad me ocuparé de la diversa figura de autor mediato «culposo», misma que prevé la segunda parte de la fracción I del artículo 20 del CPC y que no admite el artículo 13 del CPF.

Empero, caben los casos límite en los que al menor le quede poco tiempo para cumplir la mayoría de edad penal. O mejor dicho, en los que el menor ya comprenda bien la naturaleza de lo que hace y pueda decidirse de acuerdo con esa comprensión y sin que ese menor actúe plenamente subordinado al sujeto de detrás. En tales casos difícilmente se podrá sostener que el sujeto de detrás «domine» objetivamente la voluntad del menor. Aquí ¿sólo cabría fundamentar en la valoración jurídica la «autoría mediata» del sujeto de detrás? Esto es, por la cual de antemano la ley estima al menor con el insuficiente poder de su voluntad dominada por el mediato autor. La ficción surgiría desde el enfoque ontológico del hecho. En realidad, creo que no se puede dar una fundamentación de la «autoría mediata» del sujeto de detrás en esos casos, al menos desde los límites ontológicos que se derivan para afirmar la tipicidad. Mas ello no convierte en atípica la conducta del sujeto de detrás, sino que según el caso su conducta se adecuará a la «inducción» o a la «coautoría». Así, en el supuesto de la «inducción» porque el sujeto de detrás “determina” al menor excluido de la ley penal a realizar la conducta típica de «autor». Y en el segundo caso de «coautoría”, por realizar junto con el menor y de manera simultánea sendas conductas ejecutivas en el mismo hecho o bien por realizar el hecho en «co-dominio» con el menor subordinado, quien a la vez está excluido de delito por no ser sujeto de aplicación de la ley penal. De aquí que por igual sea válido sostener, en el diverso caso del ejecutor excluido de delito pero que «no es sujeto de Derecho Penal» y conoce la naturaleza de su conducta y la del hecho que realiza, el que él también podrá ser «autor material» tanto en el supuesto de que actúe inducido por el adulto, como por igual en los casos en que obre en virtud de una coacción suficiente por parte del «autor mediato». Esto es, si en virtud de la coacción del autor mediato, el sujeto de adelante actúa al amparo de temor fundado como causa de inculpabilidad o bien realizando una conducta justificada en virtud de un estado de necesidad coactivo. La diferencia de estos supuestos, con los casos de los menores con suficiente voluntad y conocimiento y no subordinados, estriba en que en los primeros el ejecutor sí actúa en virtud del «dominio» del sujeto de detrás, como se explica más adelante. («Dominio» que precisamente le falta al sujeto de detrás cuando actúa con menores de edad con suficiente voluntad y conocimiento y no subordinados.)

Pero antes de ello, cabe mencionar que no está exenta de discusión la concepción de que el sujeto excluido de delito por temor fundado inculpable o coacción justificante pueda ser «autor material» cuando obre en virtud del influjo coactivo del autor mediato. Así Welzel habló de la falta de «autoría» en quien actúa directa o materialmente en virtud de coerción. La razón para ello —según Roxin— estriba en la idea de que quien ejecuta materialmente el hecho —dado un estado de necesidad coactivo— a su vez él está dominado por otro. Entonces Welzel creyó poder fundamentar la «autoría» del sujeto de detrás si se la negaba al sujeto de adelante. (...) La autoría mediata por medio de un ejecutor directo que a su vez es autor es un absurdo, rezó su premisa.⁷⁶⁴ Por su parte Roxin estima incorrecta la solución de Welzel. En esencia, las razones que da Roxin⁷⁶⁵ consisten en que aquella fundamentación es incompatible con la tesis de que la autoría material dolosa es una forma «típica» de intervención y, por tanto, esencial al tipo penal mismo. Por ende, el «autor» se debe comportar con todos los elementos consubstanciales que informan al tipo penal. Y en aquel caso el

⁷⁶⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 7ª Editorial, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 158.

⁷⁶⁵ Claus Roxin, op. cit., pp. 158 a 161.

coaccionado se conduce típica y dolosamente. Esto es, quien con motivo de coacción pero con conocimiento decide ejecutar materialmente la conducta específica de la figura típica se le debe considerar «autor material» aunque actuando «conforme a derecho» o de manera «inculpable» según la acción típica que se le fuerza a realizar o a la cual se le introduce con relación a los motivos en que resida el influjo coactivo. Así las cosas, la coacción que ampare al sujeto de adelante porque le motive la justificación de su conducta o su inculpabilidad —actuar por temor fundado en el fondo es causa de justificación o de inculpabilidad— no excluye la dolosidad ni, por ende, la tipicidad de la conducta del ejecutor como autor material. Esto es, actúa típica —y dolosamente— y por lo tanto como autor, quien con conocimiento y comprensión decida ejecutar la conducta de la figura típica, aunque no tenga en el caso concreto la «posibilidad razonable» de decidir y por esto el sujeto de detrás conserve dominio pleno del hecho.

Pero antes de ocuparme de algunos ejemplos de autoría mediata en los que el sujeto de adelante actúe coaccionado al amparo de una causa justificante o de inculpabilidad, cabría preguntarse a título de objeción: ¿Cómo es posible sostener en esos casos, que la conducta material específica y dolosa del sujeto que la ejecuta coaccionado se ajustó voluntariamente a la figura típica-penal y a la vez estimar que el coaccionado no tuvo la «posibilidad razonable» de decidir? Para destacar la supuesta incongruencia de esa solución se aduce entonces el argumento siguiente: El hecho de poder elegir presupone que hay «posibilidad» cuando la situación es de temor fundado o de estado de necesidad coactivo y que precisamente eso demuestra que el coaccionado tiene «margen» de decidir. Que esa «posibilidad» existe. Y que, por ende, el sujeto de detrás no conserva el absoluto dominio de la acción del sujeto de delante. De lo que se derivaría que al sujeto de detrás no se le pueda estimar «autor mediato», porque, en suma, el sujeto de adelante tuvo posibilidad de decidir. Mas esta postura pasaría por alto las valoraciones que ya hizo el legislador. En tanto que es la ley la que estima al temor fundado como causa de justificación o de inculpabilidad y la misma ley considera que el sujeto de detrás será autor «mediato» en la medida que “se sirve” de alguien...como instrumento o excluido de delito..., es decir, dominándolo. Excluyente que bien se puede encuadrar en los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF, 49 y 51 del CPC, pues los dos primeros artículos disponen que el delito se excluya cuando *“no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”*. Y la fracción V del artículo 51 del CPC prevé que hay inculpabilidad por temor fundado: *“cuando el agente se allana a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor, que se funde en un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta”*. Asimismo, el artículo 49 del CPC a su vez prevé que sólo habrá culpabilidad si, entre otras condiciones, el sujeto: *“se encuentra en «posibilidad razonable» de conducirse conforme a Derecho”*. Así pues es la ley la que vincula la “posibilidad” al carácter “razonable” de elegir.

Por lo tanto, con base en esos preceptos es correcto considerar motivo suficiente para sustentar el dominio del hecho del «mediato autor», cuando éste se sirva de alguien que carezca de la posibilidad «razonable» de elegir en virtud de la coacción que padezca por parte de aquél y sin que la ley requiera que el coaccionado carezca de toda “posibilidad”. Tal consideración, lejos de apartarse de las bases ontológicas del caso, las complementa con la valoración legislativa de la coacción que es humanamente intolerable para afirmar que el

coaccionado no actúa libremente sino bajo el «dominio» del sujeto de detrás. Por lo demás, la diversa tesis lógico-formal o incluso puramente óptica de que en esos casos el ejecutor material actuaría sin dolo, o lo que es lo mismo, que no actuaría típicamente, si bien aceptaría vincular de ese modo al autor mediato en virtud de para tal efecto está la previsión legal de esa forma de intervención; sin embargo, impediría conectar luego la conducta de los partícipes a la del autor material coaccionado, si es que ellos actúan sin saber del temor, en razón de la petición del coaccionado y no de la coacción o inducción del autor «mediato» ni para auxiliar a éste. En tanto que si no hay un comienzo típico de ejecución: ¿cómo sería posible vincular luego la conducta de esos partícipes a la conducta atípica del ejecutor material? Por ende, la tesis de que el coaccionado actúa sin dolo y que por ello no se le puede estimar autor material vuelve insostenible el “principio de «accesoriedad»” en esos casos que se ajuste a los límites y directrices de la autoría y la participación que se derivan de las mismas tesis causalistas y finalistas que son admisibles en un estado de derecho. A menos de volver a las ficciones jurídicas como la de una «accesoriedad mínima» puramente «objetiva» —la que distorsiona el sentido correcto del Derecho Penal en un estado de derecho que rechaza las soluciones que se orientan al *versare in re illicita*—. La postura que sostengo encuentra apoyo, además, en el penúltimo párrafo del artículo 22 del nuevo CPDF, el que prevé que sólo se responderá “... si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer”. Y asimismo en lo que dispone la fracción I del artículo 23 del nuevo CPC que señala: “Sólo se podrá sancionar a los autores o partícipes si el tipo penal alcanzó por lo menos el grado de tentativa punible”. Ya que la posición que niega el carácter de «autor material» al sujeto coaccionado, pasa por alto la situación de los partícipes que se relacionen con el mismo sujeto coaccionado y que actúen en razón de su petición y sin saber de la coacción ni, por ende, del autor mediato o del carácter con el que este actúa. Y, además, aquella postura desatendería lo que prevé el segundo párrafo del artículo 54 del CPF y la fracción VI del artículo 23 del CPC: pues esos preceptos disponen que *las circunstancias objetivas son comunicables si se conocen, en tanto que las subjetivas sólo benefician o perjudican a quien las padezca*. Pues es claro que aquellas “circunstancias «objetivas» que se conocen, sólo se podrán comunicar si quien las realiza como sujeto activo principal es, además, autor material; esto es, actúe típicamente. Favoreciendo así aquella opinión la impunidad de aquellos sujetos en contravención de las razones preventivas mínimas del Derecho Penal. Porque, finalmente, más bien parece que la intención de la ley es la de exculpar al autor material y no la de considerar atípica su conducta.

Cabe referir ahora los casos de autoría mediata con motivo de una causa justificante o de un estado de necesidad inculpable en los que el sujeto de adelante obre por virtud de tales causas. En las cuales será necesario que las circunstancias excluyentes, al menos en parte se generen por el sujeto de detrás para luego aprovecharse de ellas. O bien, que éste se aproveche de las circunstancias ya existentes modificando las condiciones objetivas en las que orilla a actuar al sujeto de adelante. En efecto, el autor mediato debe introducir al sujeto de adelante a 1) una situación en la que se dé a favor de éste último el estado de necesidad inculpable o alguna causal que impida la antijuridicidad de la conducta del autor material. El ejemplo clásico en el primer caso: Alguien hunde un bote con el fin de que el más fuerte o hábil de los dos náufragos mate al otro para salvar la propia vida, en tanto la tabla salvadora que queda sólo puede mantener a flote a uno

de ellos. O bien, 2) con la variante del autor mediato que modifica las condiciones del evento, cuando ya existe el estado de necesidad entre los que iban en el bote y el mediato autor le da un arma a uno de ellos para que así resuelva a su favor la colisión de los bienes en conflicto. En éste caso, el que el autor mediato pueda o no pueda ser culpable no cambia el hecho de su autoría mediata como una conducta típica. Más tratándose de algún supuesto en el que opere una causa de justificación surge la interrogante a modo de réplica: ¿Cómo sería posible que se atribuya penalmente al autor mediato un hecho que no es delito, en tanto ese hecho se haya realizado conforme a Derecho? Frente a ese planteamiento, cabría primero precisar que el estado de necesidad no siempre justifica la conducta sino que sólo la disculpa cuando el bien que se sacrifica es de igual valía frente al que se salvaguarda, como sucede en los ejemplos señalados donde la falta de culpabilidad es la que fundamenta la exclusión del delito en favor de quien actúa al amparo de la eximente —en virtud del sujeto de detrás que se sirve de aquél—, pero esa situación deja intacta la ilicitud de su conducta. Pero incluso cuando el estado de necesidad que se genere sea justificante, esa causa es inoperante a favor de quien dio lugar al peligro del bien, ya sea dolosa o culposamente. De lo que también se sigue que: *el carácter antijurídico de un hecho no depende sólo del hecho en sí, esto es de la lesión al bien jurídico, sino, además, de la conducta contraria a la norma con la cual se participa en él. El desvalor de la acción impide que el hecho lesivo resultante favorezca a quién realiza tal acción desvalorada. Lo cual es también relevante para sostener que la acción típica y antijurídica —injusto— además de ser objetiva es personal y sólo se comunica a quienes actúan con el conocimiento del mismo, como se verá en su oportunidad.*

En tal sentido, un sector importante de la doctrina considera que hay «autoría mediata» cuando el sujeto genera una situación de defensa legítima de la que se vale para acabar con uno de los titulares de los bienes en conflicto. Al efecto se expone el caso académico siguiente: El sujeto de detrás pretende conseguir la muerte del sujeto de adelante y para ello se vale de éste para que ataque a otro. ¿Puede castigarse al sujeto de detrás —como autor mediato— por el homicidio doloso que se cometa en legítima defensa contra el sujeto de adelante y en su caso de las lesiones o la muerte que éste llegare a causar al agredido? Ahora bien, aunque la gran mayoría de la doctrina considera que en esos casos hay autoría mediata, lo importante es determinar en qué se le fundamenta o bien porqué se niega la misma. En efecto, respecto de quienes afirman que puede haber autoría mediata, se sostiene que ello es posible porque 1) el sujeto de adelante no actuaría en legítima defensa y, por ende, tal causal no le ampara al que se sirvió de él. Y sin embargo, en sentido contrario se acota que sólo será de aquella manera 2) si quien actúa en esa situación como agredido lo hace con ánimo de defensa. Y finalmente, que 3) si lo que se trata de evidenciar es que el obrar del sujeto de detrás es antijurídico, aunque el estado exterior realizado sea conforme a Derecho, ello sólo se podría fundar de esa manera admitiendo que la antijuridicidad reside en el desvalor de la acción, mas no en el desvalor del resultado. Empero, contra estas dos últimas posturas —2) y 3) — caben las réplicas siguientes: A la tesis de que sólo habría autoría mediata cuando el agredido actúe con conocimiento de la agresión —criterio muy difundido entre el funcionalismo⁷⁹⁸— cabe objetar que aquella pasa por alto que las causas de justificación que se traducen en causas de permisión son derechos de las personas y, por lo tanto, ninguna persona tiene que

⁷⁹⁸ Ver los números V y VI del Capítulo Décimo Quinto.

saber las circunstancias que dan pie al derecho para que el mismo exista.⁷⁵⁷ Y respecto a la tesis de que sólo se podría fundamentar la autoría mediata si la antijuridicidad se sustentara nada más en el desvalor de la acción, cabe refutarle que ella pasa por alto que con relación al sujeto de detrás en realidad la antijuridicidad no sólo se da por el desvalor de su acción, sino también por el desvalor del hecho lesivo a través del daño que aquél origina al bien jurídico tutelado en el caso concreto, bien sea del mismo agresor o del agredido.⁷⁵⁸ Aún así, ninguna de las razones explica en realidad «porqué» al sujeto de detrás se le ha de considerar «autor mediato» en el sentido de que realmente “se valga” del sujeto de adelante para que a éste se le prive de la vida o se le lesione, o bien cuando fracasando el sujeto de detrás en su designio, el agresor lesione o mate al agredido. Porque ello en verdad sólo se podría sustentar de esa forma si es que el sujeto de detrás emplea de tal modo a quien resulte como autor material, que le excluya la «razonable posibilidad» de actuar de otra manera, dominando así su acción; o bien cuando domine la misma situación; esto es, a los dos sujetos cuyos bienes jurídicos entran en colisión. Lo que es bastante improbable que suceda *a menos que el o los sujetos de adelante sean objeto de una coacción suficiente por parte del sujeto de detrás que no les deje margen razonable de elegir*. Porque si el sujeto de detrás se concreta a «determinar» al sujeto de adelante para que agrede al otro, aquél tendría el carácter de «inductor», pero no el de un “autor mediato”. Por otra parte, en la hipótesis de que el sujeto de detrás a través de su coacción dominara la acción del agresor, de todos modos éste actuará antijurídicamente, pues si no fuere así la legítima defensa sería imposible. Lo cual también conlleva a que el agredido defienda el bien en la medida estrictamente racional y necesaria. Y aunque no por ello el agresor sería culpable de las eventuales lesiones al agredido, en virtud de que a ese juicio se opone la coacción suficiente del mediato autor que le habría impedido actuar libremente (temor fundado o estado de necesidad coactivo que motiva inculpabilidad); de todas suertes, en el caso de que el agresor coaccionado resultare muerto en legítima defensa, subsiste el desvalor de la acción del autor mediato y también hay desvalor del resultado que aquél motiva coaccionando al agresor y que se resuelve en la privación de la vida de éste, según el designio criminal del mediato autor, sin que se le pueda negar éste carácter con el argumento de que el agredido en realidad no estaba sujeto a la coacción de aquél, ni por ende, dominado por éste: porque si bien esto último es cierto, también es verdad que tal circunstancia deviene intrascendente, pues de todas suertes hubo por parte del agredido una acción típica, que permite conectar la muerte del agresor coaccionado al obrar antijurídico y culpable de quien le impuso agredir y así resultará muerto. Luego entonces, en el aludido ejemplo de la legítima defensa sólo sería posible la autoría mediata cuando el sujeto de adelante actúe por temor fundado impulsado por el sujeto de detrás y, por ende, el sujeto de adelante obre inculpablemente. Por lo que atañe al primer supuesto, en el que el sujeto de detrás “determina” al de adelante a cometer el hecho, no existe causa excluyente de delito a favor del inducido, quien será autor material y el sujeto de detrás será inductor (pero no autor mediato.) Y el que el inducido, por ejemplo, llegare a morir en la empresa debido a la defensa legítima del agredido, pero lesionando o matando también a éste último, para nada quita la actuación típica, antijurídica y culpable del inductor de esas lesiones u homicidio típicos realizados por el agresor inducido contra quien se defendió. Y si acaso el inducido llegare a fracasar en su agresión —e incluso muere en

⁷⁵⁷ Idem, en especial el número VI del Capítulo Décimo Quinto.

⁷⁵⁸ Al respecto se verá algo más en la tentativa.

el intento—, de todas suertes quedará el delito de lesiones u homicidio en grado de tentativa con relación al inductor cometido por el inducido en perjuicio del agredido que frustró el ataque injusto.

Se discute también si puede ser autor mediato de homicidio aquel que fuerza a suicidarse a una persona imputable y adulta, que aprecia perfectamente la situación, no ligada a aquél por una especial posición de deber. Respecto a ese planteamiento —al igual que con relación a los del párrafo anterior— cabe precisar que está claro que quien así actúa no siempre “se servirá de otro excluido de delito”. Pues ello dependerá de la naturaleza de la coacción como causa suficiente de temor fundado, esto es, que no deje al coaccionado un margen razonable de elegir libremente. Como también es más evidente que la conducta de un coaccionador no encaja en la de un inductor al homicidio por “determinar” a otro a matarse, en tanto que ello choca con las condiciones mismas de la figura típica de homicidio y las del inductor con relación a ese delito. Pues el inductor de un homicidio determina a otro para que éste, a su vez, mate a otro; pero no para que se mate él mismo. Además, porque si el inductor ejerce coacción sin que dé margen razonable de elegir, ya no determina simplemente, sino que «se vale» del coaccionado. Pero a ello se objetaría: ¿qué acaso el sujeto de detrás que actúa coaccionando no podría ser autor mediato de inducción al suicidio que comete el coaccionado en su perjuicio? O, en última instancia: ¿qué acaso el coaccionador, de ningún modo puede ser «autor mediato» del homicidio de que quien a sí mismo se mata? Para reforzar la respuesta afirmativa a la primera pregunta se diría que en nuestro Derecho Penal existe la figura típica del suicidio inducido. Y que el tipo de inducción al suicidio no excluye la posibilidad de que tal inducción sea violenta o mediante coacción. Sin embargo, es precisamente esta última —la coacción— la que pugna con la estructura misma de dicho tipo penal de “inducción al suicidio”. Porque el “inducir” a otro al suicidio implica dejarle al que se suicida margen razonable de elegir. O dicho de otro modo, el “determinar” como equivalente a “inducir” que significa instigar, persuadir o mover a alguien —artículos 312 del CPF, 142 del CPDF y 353 del CPC— es bien diferente a “coaccionar”. Luego entonces, la inducción es incompatible con la coacción que se traduzca en la amenaza de un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta que no permita al coaccionado una decisión libre. Pues aquella conlleva a que el amenazado carezca del margen razonable de elegir, lo cual choca con la inducción al suicidio que presupone que quien se suicida conserva para sí la última decisión —libre— de privarse de la vida.

Por lo que atañe a la segunda interrogante, es importante advertir que del contraste del tipo penal de homicidio con el de inducción al suicidio —mismo que requiere una decisión libre del suicida pero impulsada por la determinación de que le hace presa el inductor— se sigue que el tipo penal de homicidio *presupone que no se cuenta con la libre decisión del pasivo cuando se le mata. Pues de contar con ella sería auxilio o inducción al suicidio. Por ende, si es posible concebir un auto-homicidio coaccionado donde en realidad el sujeto pasivo no ejerza ninguna voluntad libre a tal efecto, sino que sea el coaccionador quien “se sirva” del amenazado para matarlo al dominar su voluntad que deja de ser libre, y por lo tanto, admitir en esos casos la “autoría mediata”.* Contra esta solución se aduciría que ella se desentiende del límite que impone la misma figura típica de homicidio; la cual exige que el autor material mate a otro y no que se mate él. Sin embargo, en tal caso ya ese argumento deviene inoperante, ya no nada más porque la ley prevea la figura del autor mediato siempre que

éste se valga de alguien quien en las circunstancias provocadas por aquél o que el mismo aprovecha, el sujeto de adelante obre en condiciones que le excluirían de delito (ya que no es concebible un delito contra sí mismo del cual hubiere que excluirse) o bien como mero instrumento del sujeto de detrás; sino porque la solución del auto-homicidio coaccionado —y, por lo tanto, no libre— se impone debido a la propia estructura típica del homicidio, ya que ésta presupone matar a otro sin que se cuente con su voluntad libre, lo que da como consecuencia que sea el «autor mediato» precisamente quien mate. Esto es, porque en virtud del temor fundado que infunde al coaccionado, el autor mediato conserva para sí el dominio de la voluntad de la acción material, sobre la cual su titular no tiene el margen razonable de elegir libremente; elección libre cuya ausencia presupone el tipo penal de homicidio como se evidencia de su contraste con las figuras típicas de inducción y auxilio al suicidio. De lo que se sigue que la acción del coaccionado que se le fuerza al suicidio —que nunca podrá ser acción típica de su propio homicidio— no impide la relevancia típica de la conducta homicida del mediato autor, en virtud del dominio que éste tiene sobre la voluntad del titular ejecutor; quién en realidad no decide libremente su suicidio. El autor —a título mediato— del homicidio del coaccionado es, pues, el sujeto de detrás del coaccionado, al que el sujeto de detrás le hace presa de él para aquel fin. El sujeto de detrás es quien a título de autor mediato mata al mismo sujeto de adelante al conservar el dominio pleno del hecho a través del control de la misma voluntad no libre del sujeto de adelante en virtud de tal clase de coacción, que a la vez es congrua con el tipo de homicidio que siempre presupone del sujeto pasivo bien sea su ausencia de voluntad o bien su voluntad no libre para aquel efecto. De no ser así, además de que se pasarían por alto las consideraciones anteriores, no solo se daría pie a una grosera impunidad del mediato autor en esos casos, sino de todos aquellos en los que es la misma víctima sin saberlo, quien realiza la conducta material que le lleva a la muerte, no obstante que el medio fue colocado dolosamente por el mediato autor: como sería cuando éste echa veneno incoloro y sin sabor ni olor a la taza de café que luego la víctima ignorante toma por sí.

Más aquí viene a cuentas la diversa consideración de que tan verdad es que el autor mediato siempre aparecerá realizando su conducta a través de una persona excluida de delito. Como también lo es, que no siempre que se cometa el delito por medio de una persona excluida de delito habrá autoría mediata. En efecto, —además de los casos que ya citamos en los que a un menor conciente, capaz y no subordinado se le induce —determina— a un delito o se comete junto con él —y en el que hay autoría material (típica) del menor—, aparece también la diversa situación de cuando el temor fundado que se le infunde al coaccionado es para que lleve a cabo un delito en su perjuicio; esto es, que sí permite una ejecución material atípica del coaccionado, junto a la autoría material y no mediata del coaccionador. Como sucede cuando se obligue al coaccionado a que saque dinero de su caja fuerte para entregarlo al coaccionador. Ya que en ese caso el coaccionado no realizará una acción típica de “apoderamiento” de su propio dinero, pero luego sí la ejecutará el coaccionador al tomar del coaccionado el dinero ajeno con ánimo de apropiárselo, sin derecho y sin el consentimiento válido del titular.

En suma, la coacción fundamenta la autoría mediata sólo y nada más cuando el sujeto de detrás se sirva del sujeto de adelante en las condiciones que actualicen las causales de la fracción IX de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF y de la fracción V del artículo 51 del CPC con relación al artículo 49 del mismo código o por las que, de acuerdo con

tales directrices legales, se permita asumir que el sujeto de detrás "domina" la voluntad del sujeto de adelante; esto es, "se valga de él" porque el mismo carezca de un margen razonable de elegir de manera libre.

E. Las coautorías. Ahora bien, ya vimos que 1) es "autor" material o directo quien realiza por sí —bien sea materialmente o a través de medios mecánicos o ciegos— la conducta específica de la figura típica: autoría material o directa. Así como por igual 2) es "autor" pero mediato, quien se sirve de otro forzándole una voluntad inculpable o no libre; 3) o bien generando la situación de la que se prevalece y domina para que ese otro realice el hecho típico; al igual que 4) cuando pasa por encima de la mente del sujeto de adelante, generando o aprovechándose de su error acerca de las circunstancias en que actúa, para emplearlo como instrumento —del fin típico del sujeto de detrás— o finalmente, 5) cuando se vale de un menor —excluido de la ley penal— pero siendo aquél incapaz de comprender la naturaleza de la conducta que se le hace realizar. Quedan ahora por ver los casos de coautoría.

1. La "coautoría" material o directa. Las conductas de varias personas que realizan "conjuntamente" —de manera material o directa— la propia conducta específica que describe o implica la figura típica son casos de coautoría. Por ejemplo, cuando dos o más personas se apoderan del mueble objeto del robo, cargándolo a la vez (coautoría material); o entre ellas hacen ingresar electrónicamente el dinero ajeno a una o más cuentas de aquellos (coautoría directa.) O cuando cada cual impone de manera violenta y simultánea sendas cópulas a la misma persona contra su voluntad (coautoría material); o entre ellas activan el mecanismo explosivo que después detona hiriendo a otra (coautoría directa.) Hasta aquí y entendido de aquella manera el carácter de la «coautoría» por realizar "conjuntamente" el delito, ningún problema parece plantear su estudio. Pues los supuestos que arriba señalo es posible encuadrarlos en los artículos 13-III del CPF y 22-II del CPDF que se refieren a los que *realicen "conjuntamente" el delito*. Y donde incluso el artículo 22-II del nuevo CPDF habla de "*... conjuntamente... «con otros autores»*". Así como también es permisible subsumirlos en el artículo 20-I del CPC, el que describe como "coautor" material o directo a todo aquél que "*dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio ciego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa*". ¿Pero será solo a través de esos supuestos restringidos —de coautoría material o directa— cuando se deba estimar que hay la coautoría que se refieren los artículos 13-III del CPF y 22-II del CPDF? Difícilmente, porque de inmediato saltan a la vista otras dos hipótesis que prevén los artículos 13 del CPF y 23 del CPC., como supuestos posibles de «coautoría» y que no aparejan necesariamente la realización material simultánea de la conducta que prevé la figura típica,

La fracción I del artículo 13 del CPF dispone que "*... son autores o partícipes: los que « acuerden » o « preparen » su realización.*"⁷⁹⁹ Y, a su vez, el último párrafo del artículo 23 del CPC regula la intervención de varios sujetos en coparticipación con ignorancia de autor específico, de la manera siguiente: "*Cuando exista « acuerdo previo » e ignorancia de la causación específica, a todos se les sancionará como autores materiales.*"⁷⁹⁰

El común denominador de esos dos supuestos legales reside en el «*pacto previo a la ejecución*» entre los que luego intervienen en la ejecución del delito, mismo que funciona como motivo generador indispensable para que el delito lo realicen precisamente por tal convenio expreso —"acuerdo"— . Y aunque el artículo 13-I del

⁷⁹⁹ Los apostillados son míos.

⁷⁹⁰ El apostillado es mío.

CPF también alude como autores a los que "preparen" el delito, locución que en tal precepto se separa del "acuerdo", el que varios preparen el delito implica, asimismo, dicho acuerdo previo a la ejecución, pues en condiciones normales sería insensato que entre varios "preparen" el delito sin estar de acuerdo entre sí. ¿Pero es suficiente todo eso para estimar que ya por ello habría «coautoría»? Es decir, ¿sin más se debe considerar con la misma pena que los autores a los varios que acordaron o prepararon el delito? Estimo que no por las razones que más adelante se exponen y de las que se desprende que, además de la coautoría material o directa, los supuestos de coautoría sólo comprenden dos más: 1) La coautoría tumultuaria concertada. Y, 2) La coautoría por co-dominio del hecho.

Me explico.

2. La coautoría tumultuaria concertada. El primer indicador claro para la «coautoría tumultuaria concertada» lo da el último párrafo del artículo 23 del CPC: "*Cuando exista «acuerdo previo» e ignorancia de la causación específica, a todos se les sancionará como autores materiales*". Esto es correcto, porque el sostener que hay atenuante en los casos de agresiones tumultuarias concertadas sólo con base en la pura "incertidumbre del autor", equivaldría a favorecer de manera indebida a aquellos que pacten un homicidio, lesiones o daños tumultuarios y que en virtud del acuerdo o preparación previos acerca del número de atacantes y los medios a emplear, eviten el riesgo personal y aseguren el éxito delictivo, infiriendo al sujeto pasivo múltiples heridas o matándolo o dañando la cosa ajena. De tal suerte que al ignorarse la causación específica, en vez de que se les sancionase incluso con agravantes, se les aplicara la penalidad atenuada que la ley prevé sólo para la llamada "autoría indeterminada". Ello es válido para el CPF y el CPDF conforme a sus artículos 13-III y 22-II, respectivamente, como igual lo es para el CPC según el último párrafo de su artículo 23. Aunque falta por ver cuál es el sentido correcto del artículo 26 del nuevo CPDF que omite mencionar el acuerdo previo en la autoría indeterminada con ignorancia del daño que cada quien produjo.⁷⁰¹

Desde aquel enfoque se halla plenamente justificado el hecho de que se aplique la fracción III del artículo 13 del CPF y la fracción II del 22 del CPDF cuando hay "ignorancia de autor material" respecto a las lesiones, el homicidio o los daños que se concertaron y realizaron tumultuariamente, esto es, como forma que puede considerarse como de «coautoría» en sí misma *por realizar "conjuntamente" el delito*. Pero ello también pone en evidencia que esa forma típica de «coautoría tumultuaria» sólo se actualiza cuando haya habido un acuerdo o preparación previos que por la forma tumultuaria pactada de intervenir de cada cual, tan el acuerdo como la forma de intervención tumultuaria sean las condiciones esenciales para cometer el delito. La medida «causal» indispensable en las lesiones, homicidios y daños tumultuarios, lejos de estar «en blanco», estriba, precisamente, en aquel acuerdo previo y la forma tumultuaria de intervención de cada cual como «esencial» para ejecutar así el delito; de tal manera que deviene irrelevante que en el caso concreto no se logre saber la "causación específica", esto es, quién fue el autor material.

Dicho de otro modo, si se acuerda que se lesionará a alguien mediante una agresión tumultuaria que así se realiza, pero luego se ignora quién o quiénes realizaron las acciones que produjeron el resultado, tal

⁷⁰¹ Al respecto ver el apartado A del número V de este Capítulo.

circunstancia resulta intrascendente si es que la agresión tumultuaria se llevó a cabo de manera preordenada entre los agresores, porque esa —la tumultuariedad— fue la condición en sí por la que actuaron y donde el aporte de carácter tumultuario fue esencial para la ejecución y encubrir a los autores. Esto es, son coautores todos los que tomaron parte en su concepción y ejecución con base en la tumultuariedad. En donde la condición para cometer el delito se debe contemplar no sólo en el aspecto material de intervenir en el hecho típico —que por cierto es imprescindible— sino en acordar poner varias conductas concurrentes con otras, para hacer posible el evento delictivo en las condiciones de tumulto en el que intervienen. Ciertamente, el criterio anterior no se condice con el amplio e impropio espectro de la tesis jurisprudencial siguiente:

VIOLACIÓN TUMULTUARIA. AUTORÍA MATERIAL. Para la autoría material de la violación tumultuaria, sólo se requiere la intervención directa e inmediata de dos o más personas en la misma, con independencia de que alguno o todos los agentes efectúen la cópula respectiva.⁷⁶²

En efecto, aparte de que el criterio transcrito pudiese ser criticable por el empleo inexacto de la expresión autoría "material", dado que ese término se debe reservar a los casos en los que el autor es quien ejecuta "por sí" el verbo de la figura típica, que en aquel caso sería "copular"; lo que aquí interesa destacar es que no en todos los supuestos de intervención de varios sujetos en el delito tiene que haber «coautoría tumultuaria», sino sólo cuando ella se sustente en una intervención acordada de tal naturaleza que por las condiciones de tumulto en las que se da la ejecución, no se pueda saber quien o quienes infirieron las lesiones o causaron la muerte o realizaron la conducta específica de la figura típica que en el caso fue de copular. Pero de ninguna manera puede admitirse una coautoría por el sólo hecho de que dos o más personas intervengan durante la ejecución aunque se sepa quienes infirieron las lesiones o mataron o materialmente realizaron la conducta específica de la figura típica de que se trate y quienes sólo auxiliaron durante la ejecución; o dicho con más amplitud, se sepa quienes realizaron "por sí" la conducta de la figura típica y quienes realizaron otras formas de intervención. Porque entonces habría que ver respecto de las restantes conductas coadyuvantes si fueron esenciales para iniciar y mantener la ejecución, como luego se verá y razonará en la co-autoría por co-dominio del hecho, ya que si ése no llega a ser el caso, los que durante la ejecución sólo auxiliaron, serán cómplices, pero de ningún modo coautores.

La posición que aquí se mantiene fue, además, la doctrina que en el fondo prevaleció en los criterios de nuestro máximo tribunal federal y que luego se reiteró en jurisprudencia firme por los tribunales colegiados con relación a los casos de intervención plural tumultuaria en concierto, excluyéndolos del fenómeno de la llamada "responsabilidad correspectiva".⁷⁶³ La SCJN ya había dejado en claro que el fenómeno de la antes llamada "responsabilidad correspectiva" —que consiste en la intervención en la ejecución de varios sujetos sin acuerdo y con ignorancia de la causación específica— es incompatible con la participación por «coautoría» que se da en los supuestos en los que priva el «concierto delictivo» como plan y motivo necesario para la ejecución

⁷⁶² Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte: VIII-diciembre, p. 328.

⁷⁶³ Un ejemplo es la tesis jurisprudencial siguiente: COPARTICIPACIÓN Y NO RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA. No basta para actualizar la figura de la responsabilidad correspectiva, el solo hecho de no demostrarse quién produjo particularmente el resultado lesivo; pues atendiendo a que, con base en añejas rencillas, existió preordenación en los acusados para consumar el delito, es decir, reflexión y conciencia comunitaria de su parte, en los medios, conducta ilícita y resultado, ello da pauta a establecer incluso su corresponsabilidad agravante en la perpetración del delito, más no la privilegiada o atenuada como la que se preindica. (Octava Época, Instancia, Segundo Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Primer Circuito, S. J. F., Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a diciembre de 1990, Tesis: I. 2o. P. J/18, p. 340. NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del S. J. F., número 35, noviembre de 1990, p. 78.

tumultuaria del delito cuya causación específica se ignora. En tanto que, un delito cuyo autor se ignore, pero que ejecutan varias personas tumultuariamente en virtud de concierto previo, es un supuesto en el que a todos le es aplicable la penalidad que le corresponde al autor. Sin que se puedan beneficiar con la atenuación que se prevé para la que se le llamó equívoca o difusamente "responsabilidad correspectiva". Así pues, cuando el delito se comete tumultuariamente en virtud del concierto criminal previamente pactado a la ejecución y en cuya ejecución intervienen los que pactaron realizar aquél delito de aquel modo, es correcto que no se ampare con la penalidad atenuada de la responsabilidad correspectiva a los partícipes en homicidio o lesiones con incertidumbre de autor. Pues si bien es verdad que la *ratio legis* de la pena atenuada para ése fenómeno mece su cuna en el desconocimiento de la "causación específica" o "indeterminación del autor". También lo es, que tal ignorancia es inargüible respecto al resultado final, cuando la participación fue "preordenada" en un pacto delinencial de los que intervinieron en el delito para actuar tumultuariamente. Pues en primera y última instancia aquella condición conjuntamente pactada para la realización tumultuaria del delito en cuya ejecución intervinieron de esa manera, fueron los motivos determinantes para su comisión y la indeterminación de los autores para su encubrimiento como tales. En los casos de homicidio o lesiones tumultuarios concertados con indeterminación del autor hay ya por esos motivos una coautoría donde la ignorancia de la causación se co-domina por todos y deviene irrelevante entonces la falta de prueba respecto de quién o quiénes infirieron las lesiones o realizaron materialmente la conducta de la figura típica, porque todos y cada uno de los intervinientes —con independencia de su participación concreta— debe responder sin atenuación por el todo a cuya producción concursaron de manera tumultuaria con base en el previo acuerdo.

3. La coautoría por co-dominio funcional. Establecidas aquellas consecuencias para los casos de coautoría por realización tumultuaria con indeterminación del autor. Lo que ahora interesa es insistir en deslindar en el CPF y el CPDF los demás casos de «coautoría» por y en virtud del "concierto o la preparación", de aquellos otros en los que la "preparación" y el "concierto" mismos no se ajustan a la «coautoría», sino que se arreglan a la «complicidad» por simple "ayuda" o "auxilio". Asimismo, ver *cuáles serían las condiciones para que una actuación "conjunta" —fuera de la coautoría material o directa o tumultuaria preordenada con indeterminación de autor— pueda estimarse "coautoría" propiamente dicha.* Adelanto por lo pronto mi punto de vista con base en uno de los aportes fundamentales de Roxin al tema que nos ocupa⁷⁶⁴.

Quando no se trate de coautores materiales o directos ni de autoría tumultuaria concertada, sólo se puede apreciar que hay «coautoría» cuando los concursantes actúen preordenadamente y de tal manera que el aporte de cada cual sea a tal punto esencial durante la ejecución que sin él se viene abajo la realización misma del delito.

En tales casos de acuerdo previo o preparación de la ejecución del delito, bien se puede hablar que todos son «coautores» porque intervienen en co-dominio del hecho, en cuanto éste se lleva a cabo sólo por el aporte decisivo que cada cual realiza durante la fase ejecutiva del delito y sin el cual ésta se viene abajo.

Si se desechan esas precisiones, no cabría entonces un criterio claro que delimite los supuestos de coautoría y los distinga de los casos de complicidad por el auxilio o la ayuda que se brinda antes o durante la ejecución; no obstante que éstas son formas de coparticipación que prevén los artículos 13-VI del CPF y 22-V del CPDF. Además, a la

⁷⁶⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pp. 309 y ss.

complicidad se le reduciría sólo a los casos en que el auxilio o la ayuda se presten en virtud de la adherencia durante la ejecución, esto es, una vez que ésta se haya iniciado y antes de que se complete; más no cuando aquella se preste antes y ni siquiera durante la ejecución pero por acuerdo previo. Lo cual deviene absurdo. Por lo que frente a la mera literalidad de los preceptos en consulta y para evitar conclusiones absurdas, se impone que aquellos se interpreten contextualmente, de tal modo que permita obtener los parámetros esenciales de cada forma de intervención que arbitra la misma ley y las diferencias torales que median entre ellas.

Elo es así, porque el "auxilio" o la "ayuda" que se llegaren a dar antes o durante la ejecución, pero por acuerdo previo al inicio de la ejecución, son supuestos que prevén los sendos artículos 13-VI del CPF y 22-V del CPDF, en los que siempre hay preparación o acuerdo previos, bien sea por pacto expreso o tácito y sin embargo aquellos supuestos son de "complicidad" en el delito que ameritan una penalidad menor a la de los autores e inductores según el párrafo último de los artículos 13 del CPF y 22 del CPDF. Y si acaso sin más se asumiera que es suficiente el acordar cometer un delito o el prepararlo para sancionar como autores a los que prepararon o acordaron el delito que se cometió, se llegaría a una excesiva concepción restrictiva de la complicidad y ampliatoria de la coautoría que aparejaría desatender el carácter periférico que tienen tan la "inducción" como la «complicidad» y el dominio sobre el hecho que han de tener los autores, relegándose el aforo material en el que las respectivas fracciones V y VI de los artículos 13 del CPF y 22 del CPDF hacen residir a la complicidad. A grado tal, que en ese mismo artículo se estima a la complicidad con una penalidad atenuada con relación a las autorías y la inducción. Las consecuencias penales diversas que aparejan unos supuestos de los otros, los cuales en sí mismos tienen una naturaleza distinta, obligan pues a una interpretación coherente que evite el absurdo o siquiera la injusticia de tratar igual a casos desiguales. De todo lo dicho se llega a la síntesis siguiente:

En la coautoría los partícipes co-dominan el hecho y en la inducción y complicidad los partícipes no lo dominan sino que guardan frente a él una posición periférica desde la cual contribuyen a su realización a través de la determinación previa y la ayuda o el auxilio previo o simultáneo a la ejecución.

Roxin llama «coautoría funcional» a los casos de coautoría por virtud del concierto o preparación criminal. Y estima que (...) sólo puede ser «coautor» el interviniente cuya aportación a la fase ejecutiva es requisito indispensable para la realización del resultado pretendido entre todos. Esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional durante la ejecución se sostiene o se viene abajo lo emprendido.⁷⁶⁵ Bajo el amparo de las fórmulas de los sendos artículos 13-I-III del CPF y 22-II-penúltimo párrafo del CPDF y de acuerdo con aquella interpretación sin duda que se daría una dimensión correcta al fenómeno de la coautoría. Pues con esas normas de extenso giro ajustadas a esa interpretación sería ya posible captar al "concierto" o la "preparación" entre varias personas para cometer en común un delito, como suficiente condición para responsabilizar a todos como coautores por el delito cometido siempre y cuando mediante el "concierto" o "preparación" delictivos previos se aporten condiciones durante la ejecución por los pactantes sin las que el delito no se ejecutaría. Lo cual incluso puede realizarse en coautoría funcional activa y omisiva *siempre y cuando la omisión sea parte esencial sin la cual el delito no se habría cometido*. La tesis siguiente ilustra en parte acerca de esa clase de coautoría:

COAUTORÍA POR OMISIÓN, EXISTENCIA DE LA. Por coautoría se entiende la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico; es decir, puede ser coautor quien es autor, entendiéndose por éste, aquel que tenga el dominio final del hecho; en esa virtud, se dice que existe coautoría por omisión cuando

⁷⁶⁵ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pp. 310 y 311.

el colaborador que incurrió en ella es garante de la evitación de la situación de peligro creada por otros colaboradores, mediante un hacer activo.⁷⁹⁸

El quid diferenciador entre ese fenómeno y el supuesto en el que el concierto o la preparación son insuficientes para configurar una «coautoría» estriba en que en ésta es preciso el carácter de condición indispensable del aporte en el caso concreto para hacer posible que la ejecución misma se mantenga según el concierto o preparación previos. Lo cual se determina a través de un juicio ex-ante del caso concreto, de tal suerte que sólo con los aportes de los concursantes se pudiese iniciar o mantener la ejecución y sin los cuales aquella se habría venido abajo. Esto es, en el cual todos los intervinientes se necesitan entre sí para poder cometer el delito de tal modo sin el cual la ejecución se viene abajo. Y si esto es así, es claro que todos co-dominan la ejecución en la medida que cada cual depende de los demás para sólo así poder iniciar la ejecución delictiva o poder mantenerla o consumarla.

La intervención de cada cual en el delito, a través de un aporte esencial a efecto de sólo poder iniciar o mantener de ese modo la ejecución delictiva o consumarla, se convierte así en una «función» de importancia «capital» para poderlo cometer. De tal guisa que si por lo complejo de asaltar un banco se diseña un plan con base en el cual se participa en la ejecución y donde el delito no se comete sin la intervención del ideador del plan durante la ejecución dirigiendo a los autores materiales a donde se han de apoderar del dinero, mientras otro tendrá que vigilar al guardia, ya deviene irrelevante que en ésta ejecución uno dirija, otro vigile y otros más se apoderen del dinero según la orientación; como también es intrascendente si para matar a alguien envuelto en una especial protección, un operador dirige desde un teléfono o un radio la actividad de los demás que ayudan a matar y la de los que matan, si es que éstos no habrían podido matar al sujeto sin el aporte de quien los dirige durante la ejecución y los que los ayudaron a matar. En tales casos los sujetos no están libres de poder iniciar y/o de sostener por su cuenta la ejecución, sino que para ello dependen del aporte que se da previamente pactado —expresa o tácitamente— de cada cual y serán coautores, tan quienes realizaron "por sí" el hecho, como los que dieron otro aporte esencial sin el cual la ejecución se habría venido abajo. Todos ellos tuvieron el «co-dominio» del hecho. Pues la contribución de cada cual co-dominó las aportaciones de los demás para poder iniciar y/o mantener la ejecución del delito. Sin que se pierda de vista que la aportación previa —preparación— es del todo insuficiente para aquél efecto, a menos que quien haya preparado el delito participe de tal modo durante su ejecución, que sin su aporte ésta se vendría abajo. Porque de por sí ya no es posible dominar una ejecución cuando ni siquiera se está allí o cuando desde lejos no se le dirige de tal manera que sin esa regencia aquella se vendría abajo.

Claro es que si alguien se adhiere cuando el delito se está ejecutando en co-dominio funcional —y salvo cuando él mismo ejecute la conducta específica de autor material— faltará respecto al adherente el vínculo indispensable de la necesidad de su aporte para que co-domine el hecho a través de una ejecución que ya une a los coautores para poder cometer el delito, cuya ejecución ya decidieron e iniciaron los mismos coautores con aquél tenor. Es decir, la aportación del adherente resulta inessential a la ejecución o para dominar

⁷⁹⁸ Materia: Penal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Clave: II.1o.P. , Núm.: 102 P. Amparo directo 676/2001. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretario: Cuauhtémoc Esquer Limón.

la ejecución y, por lo tanto, deviene accesoria a las conductas de los coautores en co-dominio. A tal grado que el delito ya se ejecuta cuando apenas se da la adherencia. Luego entonces, si quien se adhiere después de iniciarse la ejecución que se podía completar sin él y sin que llegue a realizar "por sí" la conducta específica de la figura típica o simultáneamente con otro, sino que se concreta a auxiliar a que se realice esa conducta típica, no se le deba estimar como autor o coautor en un delito cuya ejecución ya se había iniciado y en la cual durante la ejecución brindó auxilio, sólo con base en que el delito se consumó con el previo auxilio y conforme a los artículos 13-I-III del CPF y 22-II del CPDF: porque con ello se pierde cualquier criterio de distinción entre la «coautoría» por realizar "conjuntamente" el delito en virtud del fenómeno del co-dominio del hecho y la "complicidad" que se caracteriza por el "auxilio" o la "ayuda" que bien puede ser «simultanea» a la ejecución y que prevén los sendos artículos 13-VI del CPF y 22-V del CPDF. De aquí que devengan criticables y violatorios de la garantía de legalidad los criterios judiciales en los que se omite atender las distinciones materiales-valorativas que se derivan de la ley como indispensables para evitar los absurdos de la misma y que estimen como «autor» a toda persona que llegara a sumarse a la ejecución que ya se inició. El criterio siguiente ilustra el problema:

VIOLACIÓN. CUANDO UNO DE LOS PARTICIPANTES NO EMPLEA LA VIOLENCIA. Si uno de los coimputados, a quien se imputa la violación, no empleó violencia, pero ejecutó actos comprendidos dentro de la descripción del tipo, al copular con la víctima, desde el punto de vista técnico legal su participación resulta obvia, pues además de integrar uno de los elementos del delito, participó en la ejecución del ilícito ya que se presentó en el lugar de los hechos y aprovechó las circunstancias psicológicas de temor y miedo en que se encontraba la víctima para tener cópula con ella. Se trata de una cuestión elemental dentro de la problemática de la participación puesto que resulta responsable de la comisión de un delito lo mismo quien ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, por lo que el hecho de que el inculcado no haya empleado la violencia, no lo exime de su participación y responsabilidad en el delito de violación que se le imputa.⁷⁰⁷

Ahora bien, el segundo tribunal colegiado del sexto circuito resolvió bien el caso cuyo criterio se transcribe, al fundamentar en la ejecutoria la autoría del adherente en la circunstancia de que él realizó el verbo de la figura típica. Empero, es preocupante que la misma ejecutoria luego diga que: "...resulta responsable de la comisión de un delito lo mismo quien ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, por lo que el hecho de que el inculcado no haya empleado la violencia, no lo exime de su participación y responsabilidad en el delito de violación que se le imputa". Pues si bien es verdad que, en principio, puede ser responsable quien ejecute tan el núcleo del tipo como cualquiera de sus elementos. E igualmente puede ser responsable quien ayuda a la ejecución. También lo es, que en respeto a la garantías de exacta aplicación de la ley penal del artículo 14 C. y de seguridad jurídica del artículo 16 C., lo que importa saber es cuál forma legal de participación es a la que se ajusta la conducta en particular de cada cual y porqué. Más aún, cuando es diversa la punibilidad atribuible a los autores materiales o co-autores por acuerdo previo o preparación y realización conjunta en co-dominio, que la aplicable a los «cómplices» por auxilio previo o simultáneo. Y porque aun cuando la ley penal asigna la misma gravedad a efectos de la pena, a la calidad del inductor que determina al «autor», que a la intervención de éste último; de todas suertes es bien distinto "determinar" al delito, que ser el autor o el coautor del mismo delito. Y todas esas formas son a su vez diversas a «auxiliar» o «ayudar» para la realización del delito (cómplices), las que la misma ley les señala una penalidad legal menor de la que se hacen acreedores

⁷⁰⁷ Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, S. J. F., Parte: IX-abril, p. 677.

los autores y los inductores por la sencilla razón que el proceder de aquellos consistente en "auxiliar" o "ayudar" es meramente periférico sin que con él dominen el hecho.

Porque sin duda es autor quien realice el «verbo» de la figura típica. Más he aquí que —con base en las razones que ya se han expuesto en este apartado— tampoco se pueda decir sin más que son autores o coautores "los que realicen un elemento del tipo penal", con abstracción de las conductas que la ley prevé como formas de intervención típica y según el sentido valorativo antes dicho que esas formas deben asumir en su aforo material.

Como sería el caso de estimar «coautor» a quien inmoviliza por la fuerza a la mujer o la violenta de otro modo —violencia que es elemento del tipo de violación— mientras otro le impone la cópula y sin que importe atender al concierto o a la preparación previa y al mismo hecho de cometer el delito con aportes esenciales en el caso concreto sin los que no se podría iniciar o mantener su ejecución hasta que se consume. Pero no cuando ya se inició la ejecución o ésta se pudo completar sin la intervención del adherente. Pues la postura contraria desestima los criterios rectores de la «coautoría», en el sentido de que esas formas sólo son admisibles como coautoría, si están motivadas por el acuerdo expreso o tácito entre los intervinientes que actúan con aportes concretos sin los cuales la ejecución no se inicia o se viene abajo.

La conducta de coautoría funcional supone pues que los aportes de los sujetos a quienes se les atribuya tal carácter sean a tal punto esenciales para la ejecución delictiva, que si falta uno de ellos la ejecución no se habría podido iniciar o completar. Sólo entonces se puede empezar a hablar de coautoría.

Así pues no será autor ni coautor el adherente que sin acuerdo previo a la ejecución intervenga durante ella y ayude o incluso realice alguno de los elementos del tipo, pero sin que él realice el verbo de la figura típica ni su aporte devenga esencial para poder completar la ejecución que de otra manera ya no se habría consumado. Toda vez que le falta la condición esencial de que la ejecución del delito se iniciara con motivo de que él acordara, preparara o se adhiriera a su comisión con los demás para que sólo se pudiera consumir así el delito. *El adherente que se suma después de que se inicia la ejecución sólo podrá ser coautor por realizar «conjuntamente» el delito con otro u otros, si es que él realiza el verbo de la figura típica de ese delito o aporta una condición admitida por los otros sin la cual la ejecución ya no se podría haber completado.* Sin que sea suficiente que el adherente se concrete a emplear los medios típicos para la ejecución, pero sin que en el caso concreto, el empleo de ellos por parte de él fuere indispensable para mantener la ejecución o lograr la consumación. Caso en el que también será cómplice por auxilio o ayuda. De ésta manera, no habrá coautoría cuando el sujeto se suma a la violación cuya ejecución ya se inició y se limita a cuidar de dar aviso al ejecutor o ejecutores en caso de que se acerque un tercero, reforzando así el ánimo del autor o autores. Como tampoco la habrá cuando el adherente emplee la violencia contra la víctima —sujetándola por la fuerza para hacer más fácil la cópula—. Distinto es el caso de quien concertadamente —por acuerdo previo o adherencia— ayude o auxilie en la ejecución de una cópula cuando sin aquella ayuda o auxilio la ejecución ya se vendrá abajo. Ejemplo: Porque dada la fuerza de la víctima y la condición endeble de los agresores, éstos encuentran que sólo podrán violarla si se suman más para que la sujeten. Como también sería distinto en el caso de que quien se suma a la agresión sujetando a la víctima cuando ya otro la intenta violar si es que éste sujeto ya no puede consumir el delito si no es porque el adherente al sumarse con su fuerza logra hacer posible la consumación. Es entonces por razón de ese acuerdo previo —expreso o tácito— antes o durante la ejecución

y por la forma de esa ejecución en «co-dominio» del hecho para sólo así hacer posible aquella consumación, que se les deba estimar «co-autores» a quienes sólo emplean la fuerza pero no copulan, porque en esos casos concretos el verbo ya no se podría dar sin el concurso de la fuerza del otro —o de los demás—.

Tampoco es coautor quien realiza meros actos preparatorios o inesenciales para poder iniciar o ejecutar el delito. Así, no se puede estimar como coautor: **1)** a quien elabore un plan a cambio de un pago, si es que ese plan no se toma en cuenta para cometer el delito. Pero, asimismo, **2)** no se le puede apreciar con aquella calidad: si es que después los demás le hacen modificaciones esenciales al plan, por las que en realidad el proyecto original pierde su sentido de ser una aportación sin la cual el delito no se habría cometido. Mas, igualmente, no tendrá la calidad de coautor: **3)** el ideador del plan cuando éste no participa durante la ejecución del delito para que sólo así pueda realizarse el plan, dejando así en libertad a los ejecutores de ajustarse al plan o de no seguirlo; o bien: **4)** cuando se intervenga sólo auxiliando para la ejecución pero sin que tal auxilio sea ex-ante imprescindible en el caso concreto para poder iniciar la ejecución delictiva o completarla. Pues en tales casos, al aporte del sujeto le faltaría el co-dominio del hecho, en virtud de que los demás partícipes quedan libres para ajustarse al plan o actuar de otro modo durante la ejecución o bien porque ésta se podía realizar sin el periférico auxilio. Dicho de otra manera, en los dos primeros eventos, es claro que con relación al ideador original del plan, le faltaría un aporte que durante la ejecución implique su co-dominio del hecho. Pues en el primer caso no se toma en cuenta el plan del sujeto de detrás y, por ende, éste ningún influjo tiene para la realización del delito. En el segundo supuesto porque es válido un razonamiento igual, dado que al plan se le hacen modificaciones esenciales sin contar con quien ideó el original. Y sin que éste vuelva a intervenir. Y en los casos tercero y cuarto, en que quien hizo el plan que sí se ejecuta pero no interviene directamente en la ejecución o durante ella, sólo presta un auxilio periférico pero inesencial para que sólo con tal auxilio se pudiese mantener la ejecución, pues ya no está en manos de aquél la realización del hecho, sino que ella depende de la decisión de los demás sujetos de usar, cambiar o dejar de lado el plan durante la ejecución o de poderla completar de otro modo. De no ser así, se perdería cualquier criterio de distinción con la «complicidad» por «ayuda» o «auxilio» —previo o simultáneo— y que, como formas típicas de intervención, prevén los artículos 13-VI del CPF, 22-V del CPDF y 20-IV del CPC.

Establecidos así los contornos y límites de la coautoría según las fracciones I y III de los artículos 13-I-III del CPF y 22-II del CPDF, se da coherencia y sentido a las expresiones «preparar» o «acordar» "realizar" el delito o realizarlo «conjuntamente» con otros autores. A efecto de que ellas enciernen auténticos casos de coautoría, por realización en «co-dominio» funcional del delito. Más aún, cuando el CPF y el CPDF les asignan igual punibilidad que a los autores únicos.

Empero, ello no excluye el hecho de que la fracción I del artículo 13 del CPF arriba citada, sea una hipótesis legal «abierta», que linda en la frontera de la inconstitucionalidad por su amplitud, vaguedad e imprecisión. La cual no se quita en virtud de las razones por las que aquí se intentó darle un contenido adecuado al contexto de lo que puede ser la «coautoría», al interrelacionarla con las demás formas de participación que arbitra la ley y así evitar interpretaciones absurdas con base en la tesis del dominio del hecho. Ni tampoco se esfuma con las directrices que se tracen por la doctrina o se perfilen por la jurisprudencia —lo cual no deja de ser deseable— para enmarcar las acciones de «preparar» o «acordar» la "realización" del delito —que emplea la

fracción I del artículo 13 del CPF— en el ámbito de lo que se deba entender como “coautoría”. Porque ello precisamente corrobora la vaguedad de las expresiones «preparen» o «acuerden» e incluso la de «conjuntamente» realicen, que emplea la fracción III del mismo artículo, sin acotarlas —como bien lo hace el artículo 22-II del CPDF a que lo “realicen «conjuntamente» con otros «autores»”. Y porque compete principalmente al legislador —y no sólo al juez a través de una interpretación contextual que evite absurdos— especificar en la ley esos contornos y límites en su aforo material-normativo. No es óbice a lo anterior, el que esos lindes y directrices sólo pudieren ser reglas «regulativas» que el legislador dé, debido a que siempre quedará una zona límite en la que la solución no se pueda esbozar de antemano, esto es, abstractamente. Porque esa objeción de ningún modo quita el imperativo de certeza de las normas penales que se deriva del artículo 14 C, incumplido por el legislador en el caso que nos ocupa. Y porque la ausencia de normas «regulativas» favorece la arbitrariedad a la que se pueden prestar las escuetas y «abiertas» locuciones de la fracciones I y III del artículo 13 del CPF, de “preparar”, “acordar” o realizar “conjuntamente” el delito, si acaso a ellas no se les matiza por medio de una interpretación contextual que evite los absurdos a que pueda dar lugar una exégesis literal que se abstraiga de los demás supuestos legales de intervención en el delito a efecto de hacerlos coherentes.

En tal contexto y en un saldo final, resulta menos insatisfactoria la regulación relativamente cerrada del artículo 22-II del CPDF que engloba todos los casos de “coautoría” en esa fracción en la que acota que la realización conjunta se debe dar con “otros autores” y sin incluir el diverso supuesto de “preparar” o “acordar previamente” la realización del delito que prevé la fracción I del artículo 13 del CPF. Como también la es, la que hacen los artículos 20 a 23 del CPC, donde no se incluye a la coautoría por co-dominio funcional del hecho, salvo el supuesto de la coautoría tumultuaria concertada del artículo 22-párrafo-primero. Dado que por su carácter comparativamente más “cerrado” evitan la arbitrariedad y dan seguridad jurídica. Sin que ello implique abandonar la pretensión —de lege ferenda— de normas «regulativas» de las normas relativas a la coautoría por existir entre los partícipes un verdadero co-dominio del hecho: bien sea por coautoría tumultuaria concertada o por co-dominio funcional, esto es, porque con independencia de la causación específica, la ejecución no se pueda sostener si no es con el aporte de cada uno de los que materialmente intervienen durante la misma. Porque en esos casos ya debiere ser irrelevante si algunos fueron los que durante la ejecución dieron auxilio o realizaron algún elemento del tipo distinto al verbo de la figura típica y otros ejecutaron la conducta específica de la misma figura típica.

La «ejecución material» de la conducta típica (autoría material única), la «co-ejecución material» de la conducta típica (coautoría material), el «dominio de la voluntad o del hecho» (autoría mediata), el «co-dominio del hecho por participación tumultuaria concertada con indeterminación del autor» y el «co-dominio funcional» del mismo (coautoría en co-dominio funcional), son pues las únicas formas jurídicamente aceptables de las autorías en una interpretación contextual de las formas típicas de intervención en el delito que arbitran el CPF, el CPDF y el CPC.

— IV —

Los partícipes no autores (coparticipación)

A. La inducción y la complicidad previa o simultánea. A la inducción y a la complicidad se les engloba con frecuencia bajo el nombre genérico de coparticipación. Y a los inductores y cómplices la ley les llama

indistintamente "participes". Empero, se debe estar conciente del carácter equívoco del último término. Porque también se emplea la voz "participación" para aludir a cualquiera de las formas de intervención en el delito. Y en realidad tampoco se podría negar que, además de que los inductores y los cómplices coparticipan con los autores, también los coautores coparticipan entre sí, como igual lo hacen con aquellos. En el anterior contexto, de acuerdo con los artículos 13-V del CPF, 22-IV del CPDF y 20-III del CPC:

La inducción consiste en "determinar" a otro a cometer el delito. Esto es, convencer a alguien «para» que participe en un delito determinado; bien sea como autor material o directo, como cómplice o a su vez como inductor de otro. Aunque el CPDF limita la inducción sólo cuando se determine al autor (por lo que respecto de ese código no es posible la punición de quién induzca a otro inductor ni a un cómplice.)

Por su parte, en los artículos 13-VI del CPF, 22-V del CPDF y 20-IV del CPF:

A la complicidad se le hace consistir en que "dolosamente se preste ayuda o auxilio a otro para que cometa" el delito.

B. Los requisitos comunes de la inducción y la complicidad. Ahora bien, tan la inducción como la complicidad presentan los requisitos comunes siguientes:

1. El carácter accesorio de la inducción y de la complicidad. Es cierto que cada cual debe responder por lo que hace y no por lo que otros hacen. Pero igualmente es cierto que los inductores y los cómplices sólo pueden responder de su determinación a otro y de su auxilio a otro en la medida en que además de esa determinación o auxilio para el delito, éste alcance al menos el grado de tentativa punible. Si el delito ni siquiera se inicia en grado de tentativa, falta la base para responsabilizar y punir a los inductores y los cómplices por sus propias conductas. La inducción y la complicidad presuponen siempre la ejecución típica de la conducta "principal". Es decir, requieren que se lleve a cabo la conducta específica que contempla la figura típica de un delito, ya sea que se consume o aquella quede en grado de tentativa o bien que la del autor mediato o las de los coautores cumplan también con esos extremos. De no ser así: **1)** Se estaría estimando a dichas formas de intervención como tipos penales autónomos (¡y sin ámbito de prohibición!) cuando en realidad son dispositivos que amplifican la base de la figura típica a la que se conectan (cuyo ámbito de prohibición sí se especifica) y sin la cual aquellas formas de intervención carecen de relevancia típico penal. **2)** Asimismo, se perdería la unidad del delito al cual concurren los diversos intervinientes, en tanto no hay tantos delitos ni tipicidades independientes como concursantes típicos existan, sino un solo delito cometido entre varios que intervienen típicamente. Por último **3)** Sería un absurdo estimar —por ejemplo— que se tipifican los delitos de inducción al homicidio o de complicidad de homicidio (que de por sí no existen), sin pensar en un autor que siquiera actualice precisamente la figura típica de homicidio al menos en grado de tentativa. De todo ello se sigue lo siguiente:

Toda forma de intervención distinta a la de los autores exige para su relevancia penal que se concrete la figura típica de un delito al menos en su inicio de ejecución, en la que uno o varios sujetos realizan o hacen realizar —como autores— la conducta específica que prevé aquella figura típica. Pues sólo así se puede luego conectar la figura típica a los participes que no realizaron la conducta de autor, pero que sí contribuyeron dolosamente a su realización. De ello se deriva en gran parte el carácter accesorio y periférico de la inducción y la complicidad con relación a la conducta de los autores. Y de ello también se sigue que es inadmisibles una "tentativa de coparticipación" o "tentativa de ser participe". Lo cual se debe al carácter «accesorio» o periférico de esas formas de intervención con la conducta de los autores, en cuanto que al menos éstos deben iniciar el delito en grado de tentativa punible. Lo que sí es

posible es la coparticipación en la tentativa. Esto es, que alguien «participe» en ella mediante inducción para la ejecución que se inicia en virtud de aquella o mediante complicidad por ayuda previa o simultánea a la conducta ejecutiva que sí realizan el o los autores de la tentativa punible; lo cual es diferente.

El párrafo penúltimo del artículo 22 del CPDF y la fracción I del artículo 23 del CPC resuelven este problema de modo expreso. Pues el primero dispone que: *“Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como los que determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer”*. Mientras que el segundo prevé que: *“Sólo se podrá sancionar a los autores o partícipes si el tipo penal alcanzó por lo menos el grado de tentativa punible”*. Así mismo preceptúa que: *“La tentativa de participación no es punible”*.

Del mismo orden de ideas igualmente se obtiene que para la inducción y la complicidad previa, simultánea o subsecuente es indispensable que la convergencia dolosa —que se concrete en el acuerdo previo entre el inductor e inducido o en tal acuerdo o en la adherencia entre los cómplices y el autor— sea “para” realizar un delito específico, mismo que al menos se inicie en su ejecución. La necesidad de que las voluntades de los cómplices y el autor —en el sentido de su “intención, ánimo o resolución”— converjan para cometer un delito «determinado», se infiere de una correcta interpretación sistemática de la dinámica de la coparticipación con relación a la asociación delictuosa. Según ya lo puso en evidencia la SCJN para diferenciar aquél fenómeno del delito de asociación delictuosa. Y es que la «inducción» y la «complicidad» carecerán de relevancia típica si se quedan en la mera determinación o auxilio a otro para que cometa un delito que no se inicia típicamente o por el simple acuerdo expreso o tácito de voluntades para cometer delitos indeterminados. Sino que es necesario que se induzca, ayude o auxilie para la comisión de un delito “determinado”. Y que precisamente por esos motivos se lleven a cabo las conductas preordenadas —a través de las conductas concretas de «determinación», «ayuda» o «auxilio»— que realmente coadyuvan a actualizar el tipo penal del delito al cual las voluntades converjan y el cual por lo menos se debe iniciar en grado de tentativa. Es a partir de éste momento, es decir, cuando se actualiza el tipo penal del delito para el que se indujo o para el que se brindó ayuda o auxilio —ya sea que aquél se consume o quede en grado de tentativa— que se puede empezar considerar a la «inducción» y a la «complicidad» como conductas penalmente relevantes. Que en tal sentido son accesorias a la de los autores. Antes de que se inicie el delito aquellas carecen de relevancia penal. Porque ellas están ayunas de autonomía típica penal y su relevancia típico-punible está condicionada por su carácter accesorio a la verificación del delito del que depende su existencia. Este delito debe ser aquél en que los partícipes dolosamente convergieron y en la forma en que acordaron la intervención de cada cual, debiéndose iniciar al menos la ejecución del mismo. Todo ello es importante, porque en ocasiones se ha pretendido punir porque se descubre el delito propuesto antes de que se inicie su ejecución, pero en el cual ya se dio la inducción o los actos previos de auxilio. Pues si bien es verdad que es admisible la coparticipación en el delito en grado de tentativa. También lo es, que en el primer caso la coparticipación será penalmente «irrelevante» si es que no se llega a iniciar la ejecución del delito propuesto y por el cual luego se pretenda punir. Al respecto es ilustrativo el criterio siguiente:

TENTATIVA INEXISTENTE. ACTOS PREPARATORIOS, AUTOR INTELLECTUAL DE LOS. El autor intelectual responde por cualquiera de las fases de la ejecución del delito, precisamente por la autoría intelectual, pero si en el caso el delito que dispuso se cometiera (homicidio) ni siquiera se intentó cometer, por haberse desecho “el trato” entre los coindiciados, no llegando entonces a la primera

etapa de ejecución que constituye la tentativa, consistente en la realización directa, inmediata e inequívoca de la realización del delito que conforma la base típica de cada ilícito, pues aun cuando el agente intelectual haya planeado el hecho criminoso de que se trata y proporcionado todos los datos indispensables, así como el dinero para la compra del instrumento del delito, para su comisión, ello no constituye actos de ejecución sino actos preparatorios de naturaleza impune, quedando entonces fuera de la hipótesis normativa que prevé la tentativa; por ende, si no se actualiza la tentativa del injusto por parte del autor material, menos aún por lo que hace al agente intelectual.⁷⁹⁸

En suma, la coparticipación en la tentativa es posible. Mas la tentativa de coparticipación es un absurdo. Como igual lo es considerar a la inducción o complicidad con autonomía típica, en tanto siempre dependen de la concreción histórica del delito al cual confluyeron las voluntades de los intervinientes, actualización que por lo menos debe ser en grado de tentativa.

2. La confluencia de voluntades y la concreción de la respectiva forma legal de intervención con relevancia causal. Las otras dos condiciones comunes a la inducción y la complicidad son: **1º.** La confluencia de voluntades —en el sentido de su “intención, ánimo o resolución”— entre los partícipes. Y, **2º.** La concreción de la forma legal de intervención con relevancia causal. En efecto, la convergencia dolosa de voluntades para cometer un hecho delictuoso «determinado» es siempre indispensable para que exista inducción o complicidad. Pues si éstas formas de intervención presuponen pluralidad de personas que concurren mediante diversas conductas dolosas para realizar un delito. Dicha plural concurrencia no es meramente objetiva. Sino, además, subjetiva. En el sentido de que cada una de las personas concursantes a través de su conducta conscientemente aporta una contribución para que se realice la figura típica de un delito determinado.

La confluencia de voluntades debe ser clara y precisa para cometer un delito determinado. De aquí que son inadmisibles la inducción y complicidad en «abstracto». Es decir, como un mero concierto doloso para cometer hechos ilícitos en forma indeterminada. Salvo que el acuerdo criminal configure las figuras típicas de asociación delictuosa o pandilla criminal en caso de que reúna los elementos constitutivos de los tipos penales de esos delitos. Pero en esos supuestos ya se está ante una autoría plural necesaria —coautoría material o directa— del tipo penal de aquellos delitos, esto es, según las exigencias de plurisubjetividad de los tipos penales de asociación delictuosa y pandilla criminal.

La coparticipación, además de aparejar una confluencia de voluntades entre la voluntad del autor y las de los inductores o cómplices —como copartícipes— para cometer —a través de su intervención— el delito propuesto, también debe fungir como condicionante “relativa” en la realización del delito. Es decir, debe existir una relación de cierta dependencia entre las conductas anteriores, simultáneas o posteriores a la principal y ésta última. O dicho de otro modo, la conducta del inductor y la del cómplice sólo adquieren el carácter de “condición” cuando realmente contribuyen al hecho con la inducción o se dé la forma concreta de auxiliar o ayudar que se traduzca en un factor real que se acepta expresa o tácitamente por el autor para cometer el delito.

Es incorrecto considerar que la verificación de todos los casos concretos de coparticipación dependa de la teoría de la equivalencia de las condiciones como primer límite. A menos de entrar a la ficción de que su aporte siempre será causa del delito porque éste sin él no se hubiera cometido en la forma que se dio. Afirmación que no acota ni plantea nada nuevo que sin ella no se pueda resolver.

Pues es cierto que en la inducción la determinación sí tiene normalmente ese carácter, pero no sucede siempre así con la ayuda o el auxilio que se brinde por los cómplices. Además, tan es claro que en algunos

⁷⁹⁸ Segundo Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Séptimo Circuito (antes Tercer Tribunal Colegiado Del Séptimo Circuito), S. J. F., Parte X-octubre, p. 463
570

casos la ayuda puede ser esencial para cometer el delito, como también lo es, que en otros casos esa ayuda puede ser aparentemente periférica o accesorio y sin embargo meramente coyuntural y sin relieve típico. Es más, cuando en el caso concreto la ayuda o auxilio fungen realmente como una condición sin la cual las aportaciones restantes durante la ejecución del delito no se podría haber iniciado o consumado, esas formas de ayuda o ese auxilio ya lindan dentro de la coautoría funcional y son ajenas a la complicidad. Y en otras veces, lo que parecería como "condición" de un tercero que sirvió para cometer el delito en realidad se revela como meramente coyuntural sin que realmente se traduzca en una "ayuda" o "auxilio" que signifique apoyo real sino mera solidarización aparente para que el delito se cometa, como luego se verá tratándose de algunas conductas "neutrales" no desaprobadas o jurídicamente aprobadas —dentro de ciertos límites—.

El influjo causal de la conducta ("condición") del partícipe puede ser físico o psíquico-físico. Y ese influjo se debe valorar y determinar en cada caso concreto. Según se haya concretado en una inducción o en un auxilio o ayuda para que así se realizara la acción del autor o autores. Y a la vez, la inducción haya realmente determinado al copartícipe a realizar su conducta típica. Así como que la ayuda o el auxilio se traduzcan en una conducta desaprobada que haya realmente contribuido para que el delito se ejecutara. En esto es en lo que realmente consiste la condición causal de los inductores y cómplices como enseguida se verá más en detalle.

C. Los requisitos de la inducción. Desde la perspectiva del inductor, se debe tener presente que el influjo psíquico de "determine" —en el sentido de "hacer tomar una resolución" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— se enmarca dentro del dolo directo y siempre se debe materializar a través de una conducta de convencimiento para que se cometa un delito determinado, mismo que también puede consistir en una "instigación" que apareje cierta coacción sobre quien es objeto de la determinación, aunque sólo y nada más cuando tal coacción le deje margen razonable de elegir libremente al inducido. Pues si quien coacciona no le deja un margen razonable de elegir al coaccionado, entonces éste actuará excluido de delito (por falta de culpabilidad) y aquél será autor mediató y no un inductor. Desde el enfoque del inducido, éste debe ejecutar el delito como autor o brindar diversa colaboración en forma a su vez de inductor o cómplice, en virtud de la inducción. Aunque conforme al tenor de la fracción IV del artículo 22 del CPDF ya se vio que sólo es admisible la determinación —inducción o instigación— con relación al autor y no respecto a otros para que sean cómplices o asuman a su vez la forma de inductores o instigadores, ya que el 22-IV del CPDF precisa que sólo serán responsables quienes "determinen al «autor» a cometerlo". Sin que tampoco se deba perder de vista que en cualquier caso lo que sí debe ser coincidente es el dolo del determinador —inductor o instigador— y del autor, aún en el supuesto —que parecen admitir el CPF y el CPC— de que se induzca a otro para que a su vez auxilie o induzca al autor, porque aquél y todos los demás deben tener clara conciencia del delito propuesto y de las circunstancias en las que lo ha de cometer el autor o autores.

Empero, hay una diferencia esencial en los momentos en los que se puede actuar como "determinador" —inductor o instigador y al que con frecuencia se le llama «autor intelectual»— y como "cómplice", pues mientras que el determinador sólo puede proceder como tal «antes» de que se inicie la ejecución; el cómplice puede intervenir válidamente como tal tan «antes» de que se inicie la ejecución, como «durante» la ejecución misma. E incluso «después» de ella como se verá más adelante con la complicidad subsecuente. En el segundo caso, puede actuar «simultáneamente» en virtud del acuerdo previo a la ejecución, o bien porque se "adhiera" durante esa ejecución, mas sólo si la "adherencia", expresa o tácita, en el caso concreto les sirve realmente al

o a los autores como "auxilio" o "ayuda" que estos aceptan y la toman para seguir ejecutando el delito o para cometer otro diverso. De aquí que se aparte de las reglas mismas de la ley, de la lógica y del sentido natural de las cosas, el contenido del siguiente criterio judicial:

ACUERDO PREVIO. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA QUE SE ACTUALICE LA COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. La participación delictiva, por autoría intelectual o determinación dolosa a delinquir, no necesariamente requiere de la existencia de un acuerdo anterior a la comisión del ilícito, ni siquiera que sea expreso, pues tal concierto puede ser concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes, o bien, a través de una autoría por instigación o determinación dolosa a la comisión del delito, dado que el nexo psíquico causal entre el inductor con el autor material del antisocial se traduce, en una instigación o determinación que con plena conciencia de su acción, mueve el ánimo del ejecutante para concretar el resultado típico y reprochable, que es lo que se requiere para punir el hecho. Consecuentemente no constituye condición sine qua non el acuerdo previo entre el inductor y el autor material del delito para que pueda actualizarse la coparticipación delictiva.⁷⁹⁹

Simplemente habrá que preguntar: ¿Cómo es posible "determinar" a quien ya está determinado por sí o por otro, a tal grado que él ya inició la ejecución del delito? Porque ese pensamiento contradictorio y ubicuo no pudo presidir el espíritu del legislador. Ni tampoco así lo considera la ley. El determinar a otro es forma propia de la inducción o instigación y no se le debe confundir con la complicidad por auxilio o ayuda que se da por adherencia. Y, además, del tenor en el que la ley concibe a esas formas de intervención —inducción y complicidad— *ellas implican siempre un acuerdo expreso o tácito de voluntades*: la primera en el sentido de determinar a otro que acepta la determinación, y la segunda en la que se ayuda a otro que también acepta el auxilio. Además, aquella confusión de un "autor intelectual o "determinación dolosa" a delinquir ubicada "durante" la ejecución del hecho —y no al que se habría de determinar llevarlo a cabo— conlleva a la inobservancia del principio de legalidad lata porque desatiende el modo en el que la ley arbitra las formas de intervención. Y, asimismo, el estimar a una complicidad como inducción comporta consecuencias penales distintas: La pena legal para el inductor es la misma que la ley asigna al autor, mientras que la pena legal para el cómplice es sustancialmente menor.

Por ello, con relación a la inducción, el acuerdo de voluntades entre inductor e inducido para la comisión del delito implica la voluntad del inductor de cometerlo y de realizar la acción de «determinar» a que el inducido («autor material» —o diverso cómplice o inductor en el CPF y el CPC— se forme el mismo contenido de voluntad «determinado» en tal sentido por el inductor y que por tal motivo aquél inicie la ejecución del delito.

Pero de ningún modo se puede concebir la determinación para que el ejecutor complete la ejecución del delito que él mismo ya inició y no ha desistido de consumar. Si durante la ejecución del delito —y, por ende, que ya se inició— alguien anima al ejecutor a seguir adelante, a menos que éste ya hubiere desistido válidamente de consumar tal delito, el aliento del otro —que no haya intervenido de otro modo que sea típico—, aunque del todo reprochable es irrelevante como forma típica de determinación, simplemente porque no se puede determinar a otro a cometer un delito que él ya comete, ni siquiera para que lo consume si es que aquél ya está decidido a tal fin y no ha desistido de su conducta.

La inducción a través de la conducta «determinar» debe ser el motivo por el cual el inducido inicie la ejecución del delito; o bien, cuando el autor hubiere válidamente desistido de consumarlo, debido a la determinación aquél reinicie la ejecución del delito. Y ese obrar del inducido debe necesariamente asumir alguna forma de intervención típicamente relevante. Que si no es la del «autor» (que es la que sólo admite el 22-IV del CPDF) —y sólo conforme al CPF y el CPC— podría ser la de un «cómplice» o, a su vez, la de un nuevo «inductor»,

⁷⁹⁹ Segundo Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Tercer Circuito, S. J. F., Parte: XI-mayo, p. 281.

aunque en estos casos la relevancia penal de todas las conductas todavía dependerá de que coincidan con el dolo del autor y de que se inicie por el autor la ejecución del delito al menos en grado de tentativa.

D. Los requisitos de la complicidad.

La fórmula para la complicidad consiste en esencia en que dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea o posterior, se preste auxilio o ayuda a otro para la ejecución del delito. (Aunque de nueva cuenta el 22-V del CPDF restringe los casos a que esa ayuda o auxilio se dé al autor.)

El auxilio o la ayuda pueden ser previos a la ejecución precisamente para que ésta ejecución se dé, o el auxilio o la ayuda se pueden dar durante la ejecución misma, favoreciéndola pero no dominándola. Porque si su aporte se da para sólo poder cometer el delito de ese modo en el caso concreto, es decir, en el cual todos los intervinientes durante la ejecución necesitan de los demás y parten de ese acuerdo, expreso o tácito para poder cometer el delito de ese modo y sin el cual aquél se viene abajo, se está ya frente a la coautoría por co-dominio funcional y no ante una complicidad por auxilio o ayuda. Recuérdese que el artículo 13-VI del CPF dice que *"... son partícipes: los que presten «ayuda» o «auxilien» a otro para su comisión."* En su turno, el artículo 20-IV del CPC refiere a los cómplices en su apostillado y señala que será tal: *"el que... dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para la ejecución del delito"*. Mientras que el artículo 22-V del CPDF se refiere a la *"...ayuda o auxilio que se preste «al autor»"*, con lo cual se evita que la cadena de favores pueda irse indefinidamente hacia atrás, lo que significaría que a través de la intermediación se pudiese vincular a todos aquellos otros que sin brindar la ayuda o auxilio al autor o para la comisión o la ejecución del delito, si la brindasen a terceros que luego, con los medios proporcionados, a su vez sean los que prestan esa ayuda o auxilio a dicho autor.

Ahora bien, cuando en un caso concreto el *"preparar"* la realización del delito a que se refiere el artículo 13-I del CPF incumpla con las condiciones de la autoría (a las que ya aludí respecto la fracción I del artículo citado), todavía es posible que la conducta se subsuma en las expresiones *"... «ayuden» o «auxilien»..."* de la fracción VI del mismo artículo. Ello es así, porque *«preparar»* la realización del delito también puede implicar *«ayudar»* o *«auxiliar»* de manera previa para que el delito se cometa con base en ese apoyo que se da mediante la preparación del mismo. Piénsese en quien, a cambio de un pago, elabora un plan para cometer el delito y luego se desentiende del asunto pero el delito se comete con base en ese plan. Otro supuesto es el de la complicidad subsecuente, por la cual antes del delito y para que éste se cometa se promete u ofrece ayudar después de que se ejecute, pero sin que luego se cumpla con la promesa o ayuda ofrecida, aunque el delito se lleva a cabo esperando contar con aquellas; y de la cual también me ocuparé al examinar dicha forma de complicidad. En síntesis, en un primer análisis conforme al CPF, el CPDF y el CPC para que se actualice la *«complicidad»* como forma de intervención en el delito, sería necesario que se cumplan tres condiciones.

La primera. *Que el auxilio se resuelva en la concreción de la figura típica de un delito al menos en su inicio de ejecución:* en la que uno o varios sujetos realizan o hacen ejecutar —como *«autores»*— la conducta específica que prevé aquella figura típica. Pues sólo así se puede luego conectar la figura típica a los partícipes que no realizaron la conducta de *«autor»*, pero que sí contribuyeron dolosamente a su realización. De ello se deriva en

gran parte el carácter «accesorio» y periférico de la inducción y la complicidad con relación a la conducta de los autores.

La segunda. (De carácter predominantemente objetivo, aunque no de mera condición necesaria o esencial para que se ejecute el delito): *Que se ponga un aporte específico que consista en el auxilio o la ayuda que se preste a otro para la ejecución de la figura típica y que ex-ante pueda decirse orientada a la realización del delito, salvo cuando se trate de acciones neutrales respecto de los que prevalecerán los conocimientos especiales del cómplice.* Ello implica examinar siempre en cada caso, en qué consistió la ayuda o el auxilio y si realmente los actos pueden considerarse en dirección al delito propuesto y que realmente contribuyeron a la ejecución de la conducta típica principal. Lo cual apareja un problema importante tratándose de acciones neutrales como se verá en el apartado siguiente.

Más por lo pronto, será penalmente irrelevante a efectos de la complicidad —en virtud de que el auxilio o la ayuda que se brinda no se resuelve en la ejecución del delito propuesto— cuando alguien, a cambio de pago previo elabore un plan para que se cometa un delito determinado, pero luego el delito se comete de acuerdo con un plan esencialmente diverso. Lo mismo sucede si el sicario prepara una bomba por encargo para que se mate a alguien, mas luego se le mata con disparo de arma de fuego y de antemano se desecha aquel medio. Digo de «antemano», en el sentido de que antes del inicio de ejecución se deseché el medio que auxiliaría a matar, porque el auxilio sí será relevante cuando la ejecución se inicia esperando usar la bomba ya activada y que proporcionó el cómplice y durante aquella ejecución algún incidente hace que aquel medio se sustituya por otro. Ejemplo: Se activa el explosivo que proporcionó el sicario que estallará momentos después estando cerca el pasivo, pero súbitamente se prefiere dispararle instantes antes de que aquél explote. En tal caso el aporte del explosivo activado y la cercanía del pasivo instantes antes de que explotara determinaron que se iniciara la ejecución delictiva de homicidio en grado de tentativa. Por ello, al sicario le es atribuible como cómplice un homicidio en ese grado, si es que después de que se inicia la ejecución con base en su aporte, a éste se le desecha por los demás partícipes para emplear otros más convenientes. Diferente será el escenario si el medio no se usa o cuando se agota el empleo del medio —la bomba falla— pero el pasivo aún está lejos del lugar o mediando esta última circunstancia los autores desactivan la bomba pero deciden esperar al pasivo y luego le disparan. Porque en tal caso no se puede hablar de tentativa en el CPF y el CPDF, pues el explosivo no puso en un peligro actual a la víctima y después de ello, ese medio ya no podía colocar en peligro concreto de morir al pasivo, por lo que se estaría ante un nuevo contexto de acción que iniciaron por su cuenta los demás partícipes, el cual queda fuera del alcance del dolo de quien preparó el medio inicial y no intervino en la ejecución. Sin que esa acción nueva tampoco pueda considerarse que fue realmente consecuencia necesaria o natural del medio empleado para atribuir intervención típica al auxiliador por delito emergente. Empero, a la luz del artículo 39 del CPC sí hay tentativa punible equiparada en el caso de la bomba fallida por un manejo incorrecto de los mecanismos de activación —y no porque en el caso concreto fuese imposible que ella estallara por defectos intrínsecos—, toda vez que tal dispositivo legal prevé los casos de un peligro potencial sobre el pasivo si el bien jurídico existe cuando el medio en sí sea idóneo a través de una conducta ejecutiva unívoca y cupiese esperar que la víctima estuviese en la ocasión y el lugar donde se habría dado el resultado.

Por otra parte, está la exigencia de que la ayuda o auxilio se concreten en dirección al delito que se comete, mismo en el que aquellas se resuelven. Y lo cual se debe evidenciar por actos de los que ex-ante se advierta su orientación a la realización del delito o en defecto de tal orientación o dirección objetiva, en virtud de los conocimientos especiales del cómplice en aquel sentido al realizar su acción; todo lo cual se sustenta en la necesidad de evitar sancionar muchas conductas neutras social o jurídicamente permitidas, a menos que el sujeto que facilita la comisión del delito conozca que con su conducta ayudará o auxiliará al autor a la comisión del delito. Aspecto del cual me ocuparé con más detenimiento en el apartado siguiente,

La tercera. La cual es una condición de carácter subjetivo, que consiste en *que quién brinde auxilio o ayuda, tenga el conocimiento y la voluntad de prestar tal colaboración al autor para cometer precisamente el delito al cual confluye la voluntad del cómplice y del autor que a su vez acepta la ayuda.* Esto es, el cómplice debe auxiliar o ayudar para la ejecución del hecho típico que realiza el autor. El dolo del cómplice en tal sentido es en gran parte coincidente pero no necesariamente igual al dolo del autor, porque a diferencia de éste el cómplice también debe tener el conocimiento y voluntad de auxiliar o ayudar para la ejecución del delito, mismo que debe existir en el partícipe en el momento que brinda la ayuda o el auxilio para tal fin. Para tal efecto es innecesario el acuerdo expreso o formal. Pues es suficiente la tácita aceptación preordenada al delito y el conocimiento y la voluntad de la ejecución del mismo. La complicidad se configura sí —y sólo si— además de la forma específica externa de la conducta de ayuda o auxilio con que se interviene, se colman aquellos coeficientes y en virtud de ello se inicia la ejecución de la conducta del autor al menos en grado de tentativa del delito propuesto. Es decir, siempre y cuando el partícipe coloque su aporte «para» la ejecución del delito, que se manifieste a través de una conducta concreta de ayuda o auxilio que cumpla esa función. Sin que se pierda de vista que la «tácita» aceptación de confluir a la comisión del delito que se comete —a falta de confesión u otra prueba directa— se debe evidenciar a través de los mismos actos concretos de ayuda o auxilio que pongan de manifiesto, más allá de la duda razonable, *la confluencia dolosa de quién aparece como cómplice en la comisión del delito y la aceptación de la ayuda por el sujeto que la recibe; así como también que los actos concretos hayan tenido materialmente la función de ayudar o auxiliar para la ejecución o durante ésta.* Ejemplo: En una rifa bien puede suceder que uno de los espectadores intervenga por su cuenta sin que realice actos concretos que evidencien que ayuda o auxilia a uno de los rijosos, como sería el caso de cuando tal espectador de improviso golpee a uno de los contrincantes y enseguida se dé una rifa campal entre los tres, a diferencia de cuando aquél interviniese por su cuenta y sujetara a uno de los pleitistas para que el otro lo golpee, lo que significaría un principio de adherencia cuya relevancia estaría por verse, porque sólo será relevante si el autor acepta la ayuda al aprovecharla golpeando al contrincante. Lo que no sucedería cuando el adherente sujetara por su cuenta a uno de los rijosos, pero el otro desista golpearlo en esas condiciones, aun cuando enseguida se diese una pelea entre todos; a diferencia de que cuando el antes espectador inmovilizara a uno de los rijosos para que el otro lo golpee quien aprovecha esa circunstancia para pegar a su contrincante, de tal suerte que al adherente se le pueda sancionar como cómplice por ayuda o por auxilio que al ser tácitamente aceptados sí fungieron como condición para el delito que se cometió.

Los artículos 13-VI del CPF, 22-V del CPDF y 20-IV del CPC, exigen que el auxilio o la ayuda que se preste sea de carácter "doloso". Esto es, que tal auxilio o ayuda se brinde para la ejecución del delito que se sabe va acometerse. Así, las conductas de auxiliar o ayudar siempre tienen un fin. Éste fin debe confluir con el dolo del autor para cometer el delito para el cual se brinda el auxilio o la ayuda. Lo anterior apareja entonces que el «cómplice» tenga voluntad y pleno conocimiento de brindar auxilio o ayuda para que se ejecute por otro un delito determinado cuyos relieves fácticos —esenciales al tipo— conoce. Como también este otro debe cometer el delito con esa ayuda y sabiendo que cuenta con ella.

Por ejemplo, faltará el dolo en el aparente cómplice, cuando el autor material le pide a aquél su arma de fuego porque quiere probar su puntería en el campo a donde se dirigen. Pero luego, de improviso, el autor le dispara a una persona y la mata. Pues es claro que la acción del aparente cómplice —de facilitar su arma de fuego al autor material— fue sin tener la voluntad ni el conocimiento de auxiliar o ayudar "para" matar. Acción homicida que por iniciativa propia ejecutó el autor material. Así mismo, si un patrullero persigue al tripulante de un vehículo que conduce a exceso de velocidad y quien no ha hecho alto al sonido de la sirena, motivo por el que se le une otra patrulla y durante la persecución, por propia decisión el primer patrullero súbitamente saca su arma por la ventanilla, dispara y mata al cafre. En el caso concreto, aún cuando los actos de persecución de la segunda patrulla hubieran sido condición para poder disparar y matar al infractor —lo cual no queda claro que así sea— lo que sí es nítido es que —según la dinámica de los acontecimientos— los actos de auxilio se dieron o aceptaron para detener al cafre y no para ayudar a darle muerte. Falta así, al menos, la confluencia de voluntades dolosas para cometer el delito. La ayuda aceptada o pedida y brindada era para detener al infractor y, por ende, tenía un fin muy distinto al dolo del autor.

¿Es factible la complicidad —ayuda o auxilio— por omisión? Sí es posible en el CPC. Así, el artículo 20-IV del CPC señala que será «cómplice» quien: *"dolosamente, por acción u «omisión» y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para su ejecución"*. Por lo tanto, para que esa conducta omisiva tenga relevancia penal —conforme al artículo 36 del CPC— sólo se podrá imputar a quien con su omisión «viola un deber jurídico de actuar posible de cumplir» que en el caso concreto tienda a evitar el riesgo de daño o el daño mismo al bien jurídico protegido y que, en virtud de aquella, facilite a otro u otros que cometan el delito, además, por supuesto, de las restantes condiciones consustanciales a la misma complicidad; esto es, de la confluencia dolosa de voluntades y de la eficacia equivalentemente causal de la omisión como una forma de ayudar. Por ejemplo, si una sirvienta encargada de poner durante la noche la cerradura al acceso, omite hacerlo para facilitar el ingreso de los ladrones con quienes está de acuerdo, los que de esta forma penetran al interior, es clara la relevancia penal del auxilio por omisión en el robo, que la doméstica brindó como cómplice. Sin embargo, los artículos 13-VI del CPF y 22-V del CPDF no hacen referencia a la "omisión", sino sólo aluden escuetamente a que "se preste ayuda o auxilio" cuyo tenor literal es dudoso que admita la omisión. Además, toda vez que el CPF y el CPDF no regulan las fuentes del deber de actuar respecto a las omisiones en las formas típicas de intervención, resulta que cuando se trate de un delito de simple conducta, como el robo donde hay resultado jurídico pero no material o externo, es cuestionable atender a las fuentes del deber de actuar que fundan la omisión en esos códigos para los delitos de comisión por omisión, es decir, respecto a los delitos impropios de resultado material por omisión, porque de hacerlo el juzgador aplicaría las previsiones de la omisión que da la ley para los delitos de resultado, con lo que aquél aplicaría la ley penal inexactamente o por simple analogía, lo cual prohíbe el artículo 14 C.

E. Las acciones neutrales en la complicidad. Desde hace tiempo se plantea y discute la siguiente pregunta: ¿Se les puede imputar penalmente la comisión de un delito de autor doloso a las conductas neutrales y socialmente adecuadas que hayan contribuido a su realización? Para responder esa interrogante se han formulado tesis nuevas que parten de la teoría de la imputación objetiva.

1. La postura de la teoría de la imputación objetiva en materia de complicidad a través de acciones neutrales. Se debe recordar que la tesis de la imputación objetiva⁷⁷⁰ se ocupa de determinar cuándo debe estimarse típicamente prohibida una conducta en el plano del tipo objetivo y antes de examinar el dolo. Para lo cual la tesis sostiene que el agente debe crear un riesgo que no apruebe el Derecho en dirección al resultado en el cual aquel riesgo se resuelve. Asimismo, se debe tener presente que esta tesis se basa en el derecho a la libertad y de ejercer los derechos en ese marco que tiene toda persona conforme a la C. Pues es la misma C. la que concibe el ejercicio de las "garantías individuales" de carácter sustantivo en tal marco de libertad. Así se desprende de la expresión común con la que la C. concibe el ejercicio libre de los derechos humanos en los artículos 2, 5, 7, 9, 10, 11, 16 y 24 C. Como también de la misma C. (artículo 14 C. con relación a los artículos citados) se infiere que el ejercicio libre de los derechos personales tiene como límite el respeto a los derechos de los demás y la obligación de abstenerse de ciertas conductas que el Estado puede prohibir como delitos para garantizar la no lesión a los bienes jurídicos por los que se disfrutaban esos derechos. Esto es, en una visión preventiva, el Estado puede prohibir ciertas conductas con la conminación de pena para tutelar los bienes jurídicos en los que los derechos humanos se cristalizan. En tal contexto, para que en realidad se respete el ejercicio libre y responsable de los derechos de las personas, éstas tienen el derecho de que se delimiten en la ley las conductas que ésta les prohíbe con la amenaza de pena si acaso las llevan a cabo.⁷⁷¹ Lo contrario sería intolerable para el mismo ejercicio libre y responsable de los derechos humanos. Pues las personas tendrían que restringir en todo momento su margen de actuación libre, al no poder saber cuáles conductas tienen relevancia penal dentro del amplio ámbito de sus libertades. Ello presupone demarcar los supuestos de hecho en los que se puede dar la conducta que se desaprueba. El no fijarlos significaría que el Estado se entrometiera de manera inadmisibles en el ejercicio libre de los derechos fundamentales. Pero de aquí cabe entonces preguntarse: ¿Cuándo es realmente "prohibida" en un caso concreto una conducta de complicidad en el ámbito del tipo penal objetivo? Porque tratándose de los "autores" de un delito a esa pregunta de ordinario se le responde, cuando se constata que la acción específica que arbitra la ley ataca un bien jurídico sin causa que la justifique dentro del ámbito fáctico-normativo que el mismo tipo penal describe.⁷⁷²

⁷⁷⁰ Ver el número VII del CAPÍTULO DÉCIMO.

⁷⁷¹ Claro que —por facilidad expositiva— la prohibición de la norma penal se concibe aquí en sentido amplio: De prohibir acciones y omisiones. En sentido estricto: El Derecho Penal prohíbe realizar ciertas acciones en los delitos de acción y manda llevar a cabo otras en los delitos de omisión. En ese sentido estricto se habla de prohibiciones y mandatos del Derecho Penal. O bien: de normas prohibitivas y de normas imperativas.

⁷⁷² No es ocioso recordar que también los delitos de simple conducta admiten un diverso examen objetivo y subjetivo. Es decir su tipo penal permite un análisis objetivo y otro subjetivo. Desde un punto de vista objetivo —y en el ámbito del injusto—: Se constata ex-ante el carácter prohibido de la acción. Es decir, las circunstancias concretas que concurren —con inclusión de los conocimientos especiales del autor en la medida que aparejen circunstancias reales: Por las cuales y según la figura típica: se pone en peligro o se daña al bien jurídico que tutela el tipo penal. Mas sin que ello fuerce a tomar en cuenta el fin del autor y su conocimiento de aquellas en el sentido del dolo. Pues mientras que el juicio objetivo se decide "ex-ante". El fin y el conocimiento concretos se deciden a través de un juicio "ex-post" en el seno del tipo subjetivo.

¿Pero será ello válido cuando la conducta es la de un cómplice que se da desde antes de que el delito se cometa y se realice la acción riesgosa para el bien jurídico? Porque lo cierto es que objetivamente puede haber infinidad de conductas neutrales que, sin embargo, luego se pueden traducir en una condición objetiva que facilitó al autor cometer el delito. Y en ese sentido se hablaría que quienes las desplegaron hicieron posible la realización de ese "resultado" —hecho— a través de la ayuda o auxilio que brindaron en su realización. El dependiente de una tienda que vende un cuchillo, objetivamente facilita el medio con el que luego se cometa el homicidio con aquella arma. Quien vende un automóvil también hace posible las lesiones que se infieren usando el coche. Lo mismo que esa venta del coche hace posible el asalto que luego se comete si se emplea el vehículo vendido para huir del lugar. Quién vende sustancias químicas peligrosas autorizadas, puede objetivamente facilitar la comisión de un delito contra la ecología cuando las sustancias se llegan a emplear para contaminar el medio ambiente. Quién paga una deuda o da dinero en cumplimiento de un contrato o convenio también hace posible —ayuda a— que el autor adquiera un plan u otro medio por el que comete un asalto, o simplemente el beneficiario use ese dinero para pagar a un sicario que perpetra un robo o para contribuir a una campaña política sin que el dinero se declare por los responsables financieros del partido político beneficiado, etc.

Luego entonces, la pregunta se replantearía de la manera siguiente: ¿En un caso concreto cuándo es realmente "prohibida" en el ámbito del tipo penal, una conducta que objetivamente pueda traducirse en condición para que otra se lleve a cabo, sin tomar en cuenta el dolo de esa conducta, y más aún, cuando se trata de una acción cotidiana o neutral que se realiza dentro de nuestro margen de libertades o incluso dentro de los deberes o atribuciones legales que tenga una persona? A ello se puede contestar que para que una acción neutral entre en consideración como ayuda o auxilio, ha de buscarse la trasgresión de un deber de actuar en otro sentido que se base en norma jurídica diversa al tipo pero que se relacione en forma directa con la protección posible del bien jurídico que tutela la misma figura típica que luego se actualizó (artículo 36 del CPC.) Respecto a ellas cobran especial significación los delitos de servidores públicos en los que la conducta que incursionaría en el ámbito de prohibición típica habría de ser una conducta que sea contraria a las normas del ámbito de competencia del autor que se delimite en la propia ley y que tenga estrecha relación con el evitamiento del delito que luego resulta cometido. De tal suerte que sólo podría estimarse objetivamente desaprobada como complicidad, la conducta que viole las normas del ámbito legal de competencia, según lo que al servidor público se le prohíba hacer en función de evitar la realización de la lesión jurídica que el mismo tipo tutela. Todo lo cual se debe decidir en el caso concreto. Sin que en este punto la cuestión cambie de cariz en una omisión. Ésta última debe ser la omisión de un «deber jurídico de actuar» y que sea «posible» de cumplir en el caso concreto para evitar la lesión al bien que protege el tipo. De tal manera que si se puniera la omisión sin sustentarla en un deber jurídico de actuar —y que por lo tanto se sustente en un deber expreso en ese sentido que se consigne en fuente jurídica— o sin que el mismo deber fuese posible de cumplir en el caso concreto, o cuyo cumplimiento nada tiene que ver con la evitación del daño al bien jurídico, imputándose a aquella facilitar la realización de la acción del autor, en realidad se estaría puniendo por el mero resultado y no por una conducta prohibida que le diera origen.

Mas después de ello y en cualquier otro evento la tesis de la imputación objetiva afirma que la conducta del cómplice se desaprueba objetivamente en la medida que ella sea peligrosa en sí para lesionar el bien jurídico o la lesión al mismo se dé en virtud de la trasgresión al marco y la función de protección de la norma del delito de que se trate. Es decir, que esa trasgresión se traduzca por sí en una acción riesgosa de daño al bien jurídico —o lo que es lo mismo, en una acción peligrosa para lesionar el bien— que luego se resuelve en la lesión de ese bien al ejecutarse el delito por los autores. Y ello es así, porque las normas de conducta en que se basan los tipos penales —como señala Rudolphi—: (...) No se dirigen de ninguna manera y sin excepción contra cualquier acción que se encuentre como fundamento del riesgo de la producción del resultado. Sino solamente contra aquellas acciones que se encuentran fuera del marco del riesgo permitido o que sobrepasan la medida de dicho riesgo. Por lo tanto, la conducta típica supone siempre la creación de un riesgo antijurídico.⁷⁷⁸ Todo ello significaría, en resumen, lo siguiente:

La realización de un delito sólo sería imputable a una conducta que objetivamente aparezca como de ayuda o auxilio si ella creó un peligro —es decir, que en sí misma es riesgosa— que se desaprueba jurídicamente para la realización del delito y si ese peligro también se realizó en el hecho concreto delictivo.

Por lo tanto, si por un lado se atiende a la garantía de la libertad y el ejercicio libre de nuestros demás derechos constitucionales. Y por el otro, a la función preventiva de los tipos penales según su marco fáctico de prohibición, de evitar ciertas conductas que dañen o pongan en peligro el bien jurídico tutelado por la norma en tal marco típico. Y, asimismo, se toma en cuenta que el Derecho expresamente autoriza actividades riesgosas en ciertas condiciones. Por lo que las normas penales no pueden prohibir acciones que generen riesgos permitidos. De aquí que deba excluirse la imputación cuando el autor cause un resultado con motivo de acciones riesgosas que permita el Derecho. Esto es, aunque quien aparece favoreciendo la conducta del autor haya creado un riesgo relevante al resultado: este debe ser un riesgo no permitido. Porque el riesgo puede ser idóneo para ciertos resultados e incluso tomarlo el Derecho como motivo de consecuencias civiles o administrativas, y, sin embargo, el mismo Derecho lo permite de manera general. Tal es el caso de la venta regulada —y por ende admitida— de aparatos o sustancias peligrosas. De lo que se sigue que no puede estimarse típicamente prohibida la conducta que genere esos riesgos que se toleran aunque faciliten la realización de un delito. De todo lo cual cabe concluir que las normas de conducta en que se basan los tipos penales sólo se dirigen contra aquellas acciones que sobrepasan la medida de un riesgo permitido por el Derecho, que luego se resuelve en la lesión al bien jurídico por la realización de la figura típica que le tutela. Por tanto, *la conducta típica del cómplice supondría siempre la creación prohibida o jurídicamente desaprobada de un riesgo para el bien jurídico que se tutela en el tipo y que se realice en la lesión de ese bien jurídico. Riesgo que se desaprueba por el Derecho.*

Todo ello aparejaría que no cualquier conducta ni toda conducta neutral se pueden estimar como desaprobadas para tener relevancia típica en función de que objetivamente sirvan como condición para realizar el delito. Sino solo las que se les desapruebe por el Derecho en cuanto ellas sobrepasen el riesgo permitido para la lesión de un bien jurídico y sólo en función de su idoneidad para motivar la realización del tipo delictivo

⁷⁷⁸ Hans-Joachim Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva*, op. cit., p. 31.

que resulte cometido. Un buen parámetro para ello podría ser la misma fórmula del artículo 22-V del nuevo CPDF, en cuanto que "el auxilio o la ayuda se deben prestar al autor", lo que apareja evitar la ampliación del tipo a otras conductas anteriores o distintas a las de quienes directa o materialmente ayudan al autor y que también pudiesen considerarse de auxilio o ayuda. Sin embargo, el límite que prevé el artículo 22-V del nuevo CPDF vale para ese código, pero el mismo no se contempla de igual modo en los artículos 13-VI del CPF y 20-IV del CPC, aunque nada empece para que en principio así se debiese entender la expresión auxiliar o ayudar "a otro", limitando así ciertos regresos o ampliaciones típicas de dudosa legitimidad con relación a terceros que habrían facilitado dentro de un marco permitido otra acción de ayuda que la del cómplice al autor.

2. Las ventajas y las insuficiencias de la teoría de la imputación objetiva para resolver la complicidad tratándose de ayuda o auxilio que sean neutrales y la necesidad de acudir al dolo del cómplice. No obstante todo lo dicho, aparte de la dificultad de precisar baremos confiables con los que se podría decidir en los casos concretos si la conducta de quien ayuda o auxilia a través de una acción neutral es o no es desaprobada cuando se da fuera de los ámbitos reglados, especialmente cuando no se trate de quienes den esa ayuda o auxilio previos al mismo autor y más aún para determinar el sentido de las mismas como orientadas a la creación del riesgo desaprobado respecto al bien jurídico: La tesis de la imputación objetiva aplicada a la complicidad en virtud de acciones "neutrales" fracasa por lo general cuando vienen a cuenta los llamados "conocimientos especiales" del cómplice.

Ya que la teoría se ve obligada a admitir que esos "conocimientos especiales" del cómplice son un factor decisivo para decidir que la conducta neutral deba ser estimada como una verdadera ayuda o auxilio de carácter típicamente prohibido que configure la complicidad. Así sucede por ejemplo, cuando quien habrá de realizar la conducta neutral conoce del plan delictivo del autor dentro del cual se requiere la aportación que habrá de realizar el cómplice y no obstante ello lleva a cabo la acción neutral que facilita realmente la ejecución del plan delictivo por el autor, con lo cual aquella conducta ya deja de ser neutral y puede adquirir relevancia típica como complicidad. El que a tal aspecto del dolo se le llame "conocimientos especiales" en nada cambia el hecho de que realmente se trata de parte del dolo del cómplice que corresponde tratar en el tipo subjetivo más que en el objetivo, más aún cuando el dolo del cómplice de ayudar al delito debe ser un dolo directo y no meramente eventual —y éste es precisamente un límite del cual poco parece ocuparse la doctrina—, ya que es insuficiente que el sujeto se imagine la posibilidad de que su acción neutral y permitida puede ser utilizada como apoyo para cometer el delito, en tanto que es necesario que el cómplice sepa con certidumbre que con su acción neutral y permitida auxilia o ayuda realmente para la ejecución del delito que sabe va a cometerse. Lo cual es aplicable incluso cuando el cómplice realice acciones objetivamente desaprobadas, pues si acaso el mismo desconoce que su acción no aprobada servirá de apoyo para cometer un delito o incluso cuando tiene una noticia incierta de ello y solo le sea conocible, no podrá sostenerse que haya complicidad en la acción que aquél realice y que luego objetivamente se traduzca en tal apoyo. Por ejemplo: Quien vende una pistola sin que el comprador tenga la licencia respectiva no convierte por sí en cómplice al vendedor si acaso éste desconocía que el arma se iba a utilizar para cometer un asalto. Sin que sea suficiente que por ciertos datos aquél sí pudiese imaginarse el ulterior fin del comprador, ya que la misma ley —artículos 13-VI del CPF, 22-IV

del nuevo CPDF y 20-IV del CPC— enfatiza de manera expresa: que el auxilio o la ayuda se deben prestar “dolosamente”; expresión que parecería innecesaria si no fuese porque ella es precisamente imprescindible para requerir el dolo directo en el auxilio o la ayuda que se brinde. Como tampoco será cómplice de homicidio quien venda sin receta una sustancia medicamentosa —que ingerida en exceso tiene efectos tóxicos letales— sabiendo que el comprador tiene rencillas con su cónyuge a la que luego envenena. Así pues —además del límite del artículo 22-IV del nuevo CPDF (consistente en que la ayuda o auxilio se brinden al autor) y que vale para aquél código pero que en cierta medida puede deducirse de igual modo para los artículos 13-VI del CPF y 20-IV del CPC— quedan así como válidos los demás requisitos que en el apartado anterior se mencionaron como necesarios para configurar la complicidad y que aquí resumo en tres.

El primero: Que el auxilio o la ayuda se resuelva en la concreción de la figura típica de un delito al menos en su inicio de ejecución por otro como tentativa punible. Pues sólo así se puede luego conectar la figura típica a los partícipes que no realizaron la conducta de «autor», pero que sí contribuyeron dolosamente a su realización.

El segundo: Que se dé un aporte específico que ex-ante se advierta en dirección al delito y que consista en el auxilio o la ayuda que se preste al autor para la ejecución de la figura típica o en defecto de tal orientación o dirección objetiva, en virtud de los conocimientos especiales del cómplice en aquel sentido al realizar su acción. Lo anterior significa que muchas conductas neutrales y que se enmarquen dentro del Derecho como conductas permitidas o ajustadas a la ley deben quedar excluidas como de auxilio o ayuda en complicidad, a menos que el sujeto que facilita la comisión del delito conozca que con su conducta realmente facilitará o ayudará su ejecución.

El tercero: Que quién brinde auxilio o ayuda, tenga el conocimiento y la voluntad de prestar tal colaboración al autor para que precisamente cometa el delito que él lleva a cabo valiéndose de la ayuda o el auxilio prestados. Sin que tampoco puedan estimarse excepción los supuestos en los que el autor condiciona mediante amenaza a otro la comisión de un delito por parte de aquél, si el amenazado deja de hacer lo exigido por el autor. Como sería cuando el futuro autor intime a un juez para que dicte una sentencia en cierto sentido, pues en caso contrario matará a una persona y no obstante el juez dicta sentencia desfavorable a las pretensiones del coaccionador, por lo que éste comete el homicidio. Ya que en tales eventos en realidad no se coopera al hecho antijurídico de otro, sino que ese otro es el que a través de su voluntad ilícita arbitrariamente atribuye el carácter de cooperador al amenazado, que en el caso no hace más que cumplir con su deber sin ceder a un chantaje. Tampoco podría estimarse ayuda o auxilio al delito de impago de impuestos por honorarios cuando el editor publica un libro o paga sus derechos al autor, conociendo que el autor suele omitir tales pagos fiscales — ejemplo que Roxin se cuestiona⁷⁷⁴, porque en realidad la ayuda se da para que se publique el libro o en cumplimiento de un contrato, más no para que se omita el pago fiscal —y sin que sea admisible el dolo eventual

⁷⁷⁴ Wolfgang Naucke, Herro Otto, Günter Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Melá y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpresión, Bogotá, Colombia, 2001, p. 127.

según lo aquí sostenido—. Como tampoco sería auxilio a la omisión de ese pago si el funcionario receptor de ventanilla omite hacerle notar al contribuyente la insuficiencia del monto que pague, en virtud de que a él no le corresponde la verificación de que las sumas sean correctas y respecto de quien luego le compete la revisión, éste ya no podría auxiliar a una conducta que ya se ejecutó.

F. La complicidad con intervención subsecuente. En los artículos 13-VII del CPF, 22-VI del CPDF y 20-V del CPC se encuentra también la "complicidad con intervención subsecuente". La cual en realidad es una especie de la "complicidad". La complicidad subsecuente se da cuando el sujeto por acuerdo previo auxilia con posterioridad a la consumación del delito. En tal caso la conducta del cómplice con intervención subsiguiente forma parte de un todo, toda vez que el posterior auxilio a la comisión del delito se da por un acuerdo anterior, esto es, tal acuerdo anterior es para que aquél se lleve a cabo con base en la posterior ayuda que se brindará. Por lo que en tales condiciones dicho cómplice debe responder no sólo de su conducta concreta, sino del delito cometido en forma unitaria. Los artículos 13-VII del CPF y 22-VI del CPDF sólo prevén y sancionan a la complicidad subsecuente cuando: De acuerdo con la promesa anterior «se brinda el auxilio posterior» por el cual el delito se comete. Mientras que el CPC configura a la complicidad subsecuente aún cuando el auxilio aceptado y esperado no se llegue a dar, si es que el delito se cometió con base en dicha promesa. Pues en el supuesto que prevé el artículo 20-V del CPC, aunque la ayuda no se preste, de todas suertes hay complicidad por parte de quien acordó brindarla, precisamente porque el delito se cometió esperando contar con la ayuda ulterior que el partícipe aceptó pero omitió brindar. Sin embargo, como ya se anotó, tal caso queda fuera de los artículos 13-VII del CPF y 22-VI del CPDF. Los que conciben a la complicidad sólo y nada más cuando efectivamente se brinda el auxilio posterior previamente acordado. Sin que sea aceptable forzar el texto de la ley penal, para hacer caer en esas fracciones lo que realidad ellas no prevén. Lo que aparejaría vulnerar la garantía de exacta aplicación de la ley penal. Y sin que en un caso como el supuesto que prevé el CPC quepa hablar que tentativa de coparticipación respecto de los artículos 13-VII del CPF y 22-VI del CPDF, porque es obvio que la participación por sí no es delito sino una forma de intervenir en un delito del cual depende su existencia y precisamente resulta que ese delito en aquél caso sí queda consumado y lo que realmente no se concreta es el supuesto de tal forma típica de intervención según la conciben los artículos 13-VII del CPF y 22-VI del CPDF. Sin que sea ocioso acotar que la complicidad subsecuente es inexistente cuando sin acuerdo previo alguien presta auxilio al autor o partícipe de un delito después de que lo cometió. Lo cual no obsta para el auxiliador sin acuerdo previo sí pueda incidir en la comisión de otro delito, cual es el de encubrimiento por favorecimiento (artículos 400 del CPF, 320 del CPDF y 253 del CPC.)

— V —

Las formas complejas de intervención

A. La autoría indeterminada. A la intervención plural con ignorancia de autor «*sin acuerdo previo*» se le conoce a veces como "complicidad correspectiva" (artículos 13-VIII, 26 del nuevo CPDF y 22 del nuevo CPC.) El artículo 26 del nuevo CPDF la llama "autoría indeterminada". Claro es que —aunque semánticamente aceptada por la práctica— la primera denominación es impropia. Pues si falta preordenación o adherencia

¿cómo podría haber «complicidad»? Además, tampoco puede haberla según la fórmula legal. Ya que la ley sanciona a todos como autores pero con una penalidad atenuada. Es una figura legal compleja con una denominación doctrinal equívoca. Pues en sentido estricto no se trata de una complicidad o coparticipación. Ni tampoco de una autoría o coautoría. Sino de un fenómeno en el que entre los concursantes *está ausente el acuerdo* en cualquier forma para cometer el delito, sea *preordenado o por adherencia —esto es, expreso o tácito—*. La ausencia de tal acuerdo diferencia a la llamada “autoría indeterminada” por el 26 del CPDF, de cualquiera otra forma de intervención distinta a la autoría única. Para que se actualice la ahora llamada autoría indeterminada es pues necesario que se den cuatro requisitos: **El primero:** consistente en la intervención de varias personas. **El segundo:** consistente en quienes intervengan lo hagan “sin acuerdo previo ni adherencia entre ellos”. **El tercero:** consistente en que los que intervengan realicen conductas idóneas para producir el resultado. **Y el cuarto:** consistente en que se ignore la causación específica de cada cual.

En la también llamada —quizá con mejor fortuna— responsabilidad correspectiva, varios intervienen por su cuenta en la comisión de un delito. Pero únicamente opera respecto de aquellos que al intervenir por su cuenta —sin haber obrado como «cómplices» o «coautores»— se ignore cuál fue su causación específica respecto al daño. Pero a la vez se evidencie que intervinieron con actos idóneos para producirlo. En efecto, lo que caracteriza a la intervención plural sin preordenación y con incertidumbre del autor es la intervención de varios sujetos que actúan por su cuenta y, por ende, en los que está «ausente» la coparticipación —acuerdo expreso o tácito de voluntades— y «presente» la ignorancia de la causación específica en un delito (de resultado según los artículos 13-VIII del CPF y 22 del CPC.) (O de daño según el artículo 26 del nuevo CPDF, lo cual es mucho más amplio que resultado, si se tiene en cuenta la distinción entre los elementos típicos de resultado y los de daño —éstos como lesión al bien jurídico— que motiva la clasificación de delitos de simple conducta y de resultado y la de delitos de peligro y de daño.⁷⁷⁸) Lo que funge, a la vez, como razón de especial tipificación y benignidad de la pena. Pues si bien la regla general es que cada cual que intervenga por su cuenta debe responder por los propios golpes. En los casos en que es imposible descubrir quien es el autor, repugnaría a la justicia dejar impunes a los que sin concierto intervinieron por su cuenta con sus conductas idóneas en el caso concreto para causar el resultado típico o el daño. Como también se opondría a la justicia el tratar a todos con la misma punibilidad de los autores y demás copartícipes.

La responsabilidad correspectiva (o autoría indeterminada) opera así sólo a favor de los que se ignora cuál fue su causación específica con relación al daño, pero que a la vez se sepa que sin acuerdo entre ellos intervinieron en el hecho con actos idóneos para producirlo. En sentido contrario, si se sabe cuál fue el daño que cada cual produjo, sólo por ese daño se le sanciona a cada cual. Sin que se beneficien con la benigna penalidad de la complicidad correspectiva. Como tampoco se benefician de ella cuando medie el acuerdo previo entre ellos para intervenir tumultuariamente. Caso en el que hay coautoría tumultuaria concertada y en el que repugnaría tratar a los partícipes como autores indeterminados con penalidad atenuada por el simple hecho de la ignorancia de su causación específica si precisamente su actuación concertada expresa o

⁷⁷⁸ Ver CAPÍTULO DÉCIMO, números IV, VII y VIII.

tácitamente para agredir tumultuariamente es el motivo de que se ignore el resultado o daño que causó cada cual, (razón por la que les son aplicables los artículos 13-III del CPF, 22-II del CPDF y 22-último-párrafo del CPC.⁷⁷⁶) Y finalmente, solo se podrá atribuir el resultado o daño a quienes intervinieron con medios idóneos para producir aquellos. Pues a los que por su cuenta intervinieron con medios inidóneos, tampoco se les pueden aplicar las reglas de la responsabilidad correspectiva (o autoría indeterminada), ya la que la tipicidad de su intervención se excluye porque si sus acciones fueron inidóneas en la producción del resultado, frente a ellas es inexistente la duda sobre la eficacia causal de su concurso.

Por otra parte, el fenómeno de la responsabilidad correspectiva o autoría indeterminada no excluye a las circunstancias o modalidades agravantes o atenuantes. El artículo 22-párrafo-segundo del CPC preceptúa expresamente que: *“El delito cometido con ignorancia de autor, será sancionado con prisión de tres días y multa hasta las tres cuartas partes del máximo de las sanciones que correspondan al delito consumado, «según su modalidad»*”. Lo cual equivale que bien pueda haber una doble atenuación tratándose de lesiones tumultuarias no concertadas previamente. Por ejemplo: cuando las lesiones se cometen en riña y a la vez esté ausente la preordenación entre los concursantes, con incertidumbre del autor. Y en sentido inverso. El de una atenuación y una agravación. Atenuación porque falta la preordenación o adherencia y hay incertidumbre del autor. Lo que es razón para la benignidad de la pena respecto a los múltiples participantes. Pero éstos o algunos de ellos, a su vez concurren a través de circunstancias que califican y agravan su responsabilidad particular en la comisión del delito. Asimismo, el fenómeno de la responsabilidad correspectiva no excluye tampoco que respecto a uno o más de los que entre ellos intervienen sin preordenación, se les dé ayuda o auxilio o hayan sido determinados por otros. Sólo en tal aspecto es posible hablar de una real coparticipación de inductores o cómplices con autores indeterminados. Más en tales casos, a los inductores o cómplices les beneficiará la penalidad atenuada de los que intervinieron con actos idóneos para producir el resultado; en tanto que respecto de aquellos subsiste no solo la ignorancia de la causación específica, sino, además, la falta de acuerdo con los demás que por su cuenta intervinieron con acciones idóneas.

Por último, se puede dar también el fenómeno complejo de un proceso ejecutivo del delito que se inicie con la intervención de varias personas, sin que entre ellas exista preordenación ni adherencia. Y que en esa primera fase los concursantes realicen acciones idóneas para producir la muerte. Pero después, algunos de ellos o todos se «adhieran» entre sí para reanudar una agresión tumultuaria en forma concertada. La intervención de parte de los adherentes se convierte así en una verdadera “coautoría”. Y en esta segunda fase del proceso los coautores ejecuten también conductas aptas para producir el resultado que culmina con la muerte del agredido. Sin que se pueda determinar la causación específica de las acciones de ambas fases. Es decir, el resultado o daño no se puede atribuir exclusivamente a los que intervinieron en la última fase como coautores. Porque también es factible que fuese consecuencia de las lesiones que sufrió el pasivo en la agresión inicial en forma de responsabilidad correspectiva o autoría indeterminada. En la que faltó la preordenación o adherencia. En tal caso, al subsistir la ignorancia de la causación específica y sin que se pueda atribuir el resultado sólo a

⁷⁷⁶ Ver el número III apartado D-2 de este Capítulo.

los coparticipes reales en coautoría, por ende, todos los concursantes, de la primera y la segunda fase se deben beneficiar con la penalidad atenuada. Podría objetarse que en tal fenómeno debiera aplicarse la penalidad atenuada sólo a los que resten como interventores en la fase primera. En tanto que respecto a los de la segunda fase ya deviene irrelevante la ignorancia de su causación específica debido al acuerdo surgido entre ellos que los convirtió en "coautores" reales por tumultuariedad. Empero, ese criterio pasaría por alto que en tales casos no se excluye la posibilidad de que en la primera fase se hubieren inferido las lesiones letales o ciertas lesiones o daños. Por lo que esa posibilidad y la imposibilidad de excluirla no se pueden poner a cargo de los que intervinieron en la segunda fase como si nada más ellos hubieren sido los causantes del resultado como "coautores". Y sin que por ello se desatienda el que no se debe sancionar por las conductas de otros y no por la propia conducta. Porque en este caso, el atender a la conducta de otros vale para reducir la sanción y no para fundar en sí la pena.

B. La intervención en delito emergente. La corresponsabilidad en delito emergente surge por una combinación —como lo afirma Villalobos en su *Derecho Penal Mexicano*⁷⁷⁷— de los supuestos del dolo eventual y de los casos en que se participa en lo material por medio de omisiones. Así, la ley considera participe de un delito a quien materialmente no intervino ni convino en intervenir. Pero en quién se estima que existe el dolo eventual de converger para cometer un delito nuevo, si es que éste se comete como consecuencia necesaria o natural de otro realizado y expresamente acordado. O de los medios concertados para realizarlo. O en virtud de que el sujeto no lo impidió aun cuando lo advirtió y pudo evitarlo sin grave riesgo para su persona.

El elemento objetivo de la intervención en delito "emergente" se encuentra en una cocausación activa y omisiva, las que satisfacen los extremos de una coautoría, en virtud de que se realizan acciones sin las cuales el delito emergente no se hubiese cometido, donde el sujeto contribuye a generar el riesgo precedente de una lesión jurídica que luego omite impedir, no obstante que puede hacerlo y sin que corra riesgo personal. En su turno, el elemento subjetivo lo encontramos en la convergencia del dolo indirecto de quien indebidamente omite, con el dolo directo de quien perpetra el delito emergente.

En realidad las fórmulas legales de la intervención en delito "emergente" recogen los elementos básicos de la «coautoría», salvo la consistente en la omisión dolosa de impedir el delito emergente cuyo riesgo de comisión se contribuyó a generar. El elemento objetivo, que consiste en la intervención típica de una persona en un delito con el que pone una condición necesaria para la realización del diverso delito emergente; esto es, en los casos en que el delito emergente es consecuencia o medio para el principal. O aun cuando sin tratarse de esos casos, si es que el sujeto contribuyó a generar el riesgo y esté presente durante la comisión del delito emergente, sin que lo impida no obstante que puede hacerlo y sin riesgo personal. Esta dos últimas condiciones se quedarán así sin cumplirse cuando en el caso concreto por lo repentino de la nueva acción delictiva del autor material no fuese posible realizar la acción impeditiva a quien se imputaría la omisión o bien cuando aún siendo posible realizarla, el mismo corriese riesgo personal.

⁷⁷⁷ Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 477 a 500.

Las formas de intervención culposa distintas a la del autor material culposo e intervención culposa en un delito doloso

A. La autoría mediata y la inducción culposas del CPC. De entrada cabe decir que el CPC prevé otras dos formas de integración del tipo penal culposo diversas a la forma que podríamos llamar de autor material culposo. Pues de acuerdo con las fracciones II y III del artículo 20 del CPC:

Es también posible que un tipo penal culposo se integre a través de una autoría mediata culposa o de una inducción culposa.

El artículo 20-II del CPC concibe a la "autoría mediata culposa" respecto de: "quien sin ser autor o coautor material o directo y sin voluntad de contenido típico, realice una acción o la omita violando un deber de cuidado a su cargo, que origina un resultado que le era previsible, causado por otro u otros excluidos de delito". Ejemplo: El facilitarle el carro a un menor de 16 años de edad del cual se conoce no sabe manejar y éste al conducir el coche con impericia por este motivo origina daños a otro. Por su parte, la fracción III de ese artículo prevé la "inducción culposa" para "quien «culposamente» determine a otro u otros a cometer el delito; mas sólo si el inductor conoce las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa que causa el resultado". Ejemplo: El dar una pistola cargada a una persona sin revisar si tiene proyectiles y creyendo que el arma no tiene balas se le insta a aquella para que por broma la dirija contra otro y accione el gatillo, lo que hace el inducido con la misma creencia, lesionando al otro (lesiones por inducción culposa.) Las dos formulas, hasta donde sé, son inusuales en el Derecho Penal Mexicano. En una y otra se atribuye punibilidad a título culposo ya no a quién realice por sí la conducta culposa que causa físicamente el resultado, sino a terceros que físicamente no lo causaron por sí. En tanto el inductor o el mediato autor culposos quebranten un deber de cuidado a su cargo que origina que otro cause el resultado, bien sea que ese otro concorra a ello con su propia culpa (en la inducción culposa) o bien que lo haga estando excluido de delito y determinado por el sujeto de detrás (en la autoría mediata culposa.) Con base en el principio de número cerrado (artículo 27 del CPC) en ambos supuestos la ley coahuilense sólo se refiere al resultado de un delito del cual la misma ley admita la culpa. Y en cualquier caso es indispensable que el mismo se produzca con motivo de la infracción de cuidado por parte del llamado autor mediato culposo o tratándose del inductor culposo, de que también el inducido incurra en esa violación (determinado por el inductor) —la cual no es necesaria, aunque si posible, respecto al sujeto de adelante en la autoría mediata culposa—.

En la autoría mediata «culposa» del artículo 20-II del CPC está excluido de delito quien materialmente causa el resultado típico, pero éste se origina por la violación de una norma de cuidado en la que incurre el mediato autor. En tal evento, la ley sí exige que el resultado "le" sea previsible al mediato autor —lo cual ya apareja un juicio ex-post acerca de tal aspecto dentro del mismo tipo culposo—. Igualmente, a través de la expresión "origine", referida a la violación del deber de cuidado con relación al resultado, la ley requiere que esa infracción haya sido determinante en la producción del resultado. No es difícil imaginar esa clase de casos. El dueño del vehículo de transporte de personas, que sabiendo de un defecto oculto de frenos que no se percibe por sí ni por medios de revisión normales, urge al chofer recién contratado a que inicie desde luego su trabajo,

esperando que aquel defecto no se manifieste —para así "ahorrarse" por un tiempo más la necesaria reparación— y no obstante, por aquel motivo el incauto chofer arrolla a una persona. El citado ejemplo del adulto que aun cuando sabe que su menor hijo no sabe manejar bien, lo manda a un encargo para evitarse la vuelta con la esperanza de que no suceda nada y aquél causa daños con motivo de su impericia.

Respecto de la inducción «culposa» que prevé la fracción III del artículo 20 del CPC, es válido entender que debe haber un nexo causal entre la determinación y el actuar del inducido en virtud de aquella. Más como el requerimiento legal también dispone que el inductor deba conocer las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa, para encontrar un sentido a dicho requisito legal cabe inferir por igual que las condiciones en las que el autor material realice su conducta culposa no pueden ser otras que las que el determinador haya inducido a ejecutar por saber que las podía llevar a cabo según las condiciones en las que ya actuaba. En otras palabras, debe darse una relación causal directa entre el contenido de la inducción culposa y el aforo material culposo del autor material. Ya que si quien es objeto de la conducta inductora se decide a actuar por ese motivo, pero no se conduce de acuerdo con lo instado por el inductor, sino que asume por su propia cuenta una conducta culposa diversa a las condiciones instadas por el inductor, estas condiciones de la actuación ya escapan al conocimiento del inductor y al contenido mismo de su inducción cuando instó la conducta culposa. En tal supuesto faltaría, pues, la citada relación causal directa entre el contenido de la inducción y el aforo material que debe asumir la conducta del autor culposo en virtud de la inducción y que debe ser conocido por aquél. No se trata entonces de que el inducido quebrante de cualquier modo un deber de cuidado instado por el inductor para que a éste también le resulte imputable el resultado, sino que el inducido transgrede el deber de cuidado precisamente en la forma a la cual lo determina el inductor. Así, se tipificará la inducción culposa cuando el compañero de parranda —con el fin de adelantar a otro automovilista— inste al conductor del coche a que cruce la vía desatendiendo el semáforo en rojo, lo cual hace el inducido y por tal motivo causa daños a otro vehículo que transita en la vía libre. Pero no habrá tal nexo causal cuando el conductor, en vez de desatender la señal de alto según lo incitado, viere intempestivamente para tomar otro carril más corto a fin de ganar la carrera, pero por el desvío súbito embiste a un transeúnte que no había visto.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Con independencia de lo anterior, las formulas tradicionales del tipo penal culposo de cualesquiera de los códigos en consulta, también permiten pensar en una co-causación material culposa, esto es, donde varios aporten culposamente condiciones de manera más o menos simultánea que en su conjunto producen el resultado. Ejemplo: Entro varios recopilan leña y prenden una fogata sin atender las medidas reglamentarias al respecto, lo que motiva un incendio.

No obstante lo expuesto, todavía cabe pensar en otras posibles formas de intervención entre personas que actúen culposa y dolosamente, especialmente, la intervención culposa en un delito de autor doloso. Respecto de la que cabe preguntar si (fuera de los casos de autoría mediata culposa e inducción culposa del CPC):

B. ¿Cabe la intervención culposa en delito de autor doloso? Y antes que ello ¿Cabe la intervención culposa más allá de quien o quienes realizan la última acción culposa?: La prohibición de regreso.

El primer tema ha sido discutido con amplitud en la doctrina y la jurisprudencia alemana, austriaca y suiza.⁷⁷⁸ Y de partir de la tesis que siempre negaba la punibilidad de los partícipes culposos en delitos de autores dolosos —a la cual se le llamó “prohibición de regreso”— actualmente se viene abriendo paso la postura contraria, aunque con límites que se derivan de los principios de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, piénsese en los ejemplos siguientes: El boticario vende sin receta un veneno que luego se usa para envenenar a otro. La persona que de manera descuidada deja expuesta un arma cargada, la que aprovecha un sujeto para matar a otro. Quien facilita unas sustancias tóxicas sin exigir licencia de su uso al adquirente y éste las emplea para dañar el medio ambiente. Quien sabiendo de la propensión de alguien para cometer cierto delito doloso contra determinada persona, de todas suertes le facilita irreflexivamente un chuchillo, con el cual aquél hiere a esa persona, etc.

La postura nueva que se examina parte de la premisa de que el legislador somete a pena a la causación imprudente como tal y que de ningún lado se desprende que haya querido exceptuar de responsabilidad penal a determinadas causaciones imprudentes desde el punto de vista de la participación. De aquí que sea preciso señalar límites con apoyo en la tesis de la imputación objetiva y que esencialmente se reducen a dos. Por un lado, de acuerdo con esa tesis el riesgo no permitido tiene su contrapunto en el principio de confianza —que deriva del ejercicio responsable de nuestro derecho constitucional de libertad de acción— en el sentido de que todo mundo puede confiar, salvo conocimientos especiales, en que los otros no cometerán hechos punibles dolosos o incluso culposos si fuere el caso. De tal suerte que es este principio de confianza el que impide imputar objetivamente el resultado a la condición puesta culposamente, cuando otro la aprovecha para actuar dolosamente o de manera culposa. Mas por el otro lado, sí podrá imputársele el resultado al comportamiento culposo de un tercero que favorezca la comisión de un delito doloso sólo y nada más cuando al realizarse aquél le era reconocible a su autor la propensión a delinquir del otro aprovechándose precisamente de la condición que puso culposamente. Así pues, con base en el principio de confianza será insuficiente que la conducta se manifieste a través de crear un riesgo si acaso éste está permitido, pero también será insuficiente generar uno no permitido cuando en las circunstancias en que se actúe no sea reconocible la propensión a delinquir de quien cabe esperar que use el mismo para tal fin o con tal orientación. Dicho de otro modo, la previsibilidad del resultado debe descansar en la reconocibilidad de la propensión del futuro autor de cometer el delito doloso o culposo por medio del instrumento riesgoso que se le pone a su alcance.

Ahora bien, aparte de que no parece haber datos en la práctica mexicana de inculpar a personas como responsables de haber coacusado culposamente el resultado de un delito doloso cometido por otro, es claro que esa posibilidad no existe como regla general en el vigente CPC, en tanto que la fracción I del artículo 23 de dicho código dispone que *no será punible (...) la intervención culposa en delito de autor o coautor doloso; a menos que con relación a un tipo penal que admita la culpa, se cause el mismo resultado por autores materiales dolosos y culposos; en cuyo caso se sancionará a cada cual de acuerdo con la forma subjetiva que asumió*. Supuesto este último muy distinto a los casos en los que se aplica —o se discute— la prohibición de

⁷⁷⁸ Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günter Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpresión, Bogotá, Colombia, 2001.

regreso, en tanto que ésta supone poner una condición culposa "antes" de la intervención de los autores materiales dolosos o culposos —a los que luego en vía de regreso se les imputaría el delito—, mientras que la citada hipótesis legal apareja —a través de la expresa prohibición de regreso junto a la salvedad de «autores materiales» dolosos y culposos— que en el último supuesto el resultado se ha de cocausar por las acciones dolosas y culposas más o menos simultáneas de aquellos. Ejemplo: Entre dos empujan un peñasco al abismo donde abajo se halla un camino, pero uno de ellos sabe que en la vía se encuentran varias personas en ese momento, mientras que el otro ignora esas circunstancias que no obstante eran previsibles y que no previó o que previéndolas no aceptó. Asimismo, la intervención culposa anterior a la acción del autor material doloso o culposo se elimina conforme a las reglas de la causalidad adecuada que prevé el párrafo segundo del artículo 35 del mismo CPC, pues éste dispone que el nexo causal se excluirá cuando concurra una concausa posterior que sea suficiente por sí para producir aquél, incluso "cuando la concausa consista en el hecho ilícito de otro". En tal sentido es clara la prohibición de regreso que establece el CPC.

El CPF y el CPDF carecen de tales previsiones legales. Sin que sea válido rechazar aquella posibilidad y sostener la prohibición de regreso con base en las reglas que arbitran la "complicidad" en sus artículos 13-VI del CPF y 22-V del CPDF, pues sí bien es verdad que aquellos cánones conciben como cómplices de un delito: "a quienes «dolosamente» presten ayuda o auxilios a otro para su comisión"; también lo es que tales pautas regulan la intervención dolosa en un tipo penal de tal clase, pero nada establecen respecto de la intervención culposa en el mismo, ni de dicha intervención en un tipo penal culposo. Éste es un poderoso argumento que Roxin esgrime válidamente: Las reglas de la coparticipación que arbitra la ley están concebidas con relación al tipo penal doloso y respecto de partícipes dolosos, por lo que es inadecuado sostener la prohibición de regreso con base en esas normas, lo que hace necesario limitar de otro modo las amplias formulas del tipo culposo que sólo expresan que la acción viole un deber de cuidado que determine el resultado.⁷⁷⁸ Más aunque la razón de Roxin es cierta, cabe preguntarse ¿si es igualmente verdad que la regla de la conocibilidad de la realización del hecho lesivo según las propensiones del autor será válida tan para cuando se trate precisamente de un autor doloso, como para cuando se trate de facilitar la acción de otra persona que pone la última condición culposa en la cadena causal? Como también ¿si no cabe limitar aún más esos supuestos? La respuesta a la primera interrogante debe ser afirmativa, ya que tal regla opera tan cuando el boticario vende el veneno aún sabiendo de la amenazas de la compradora a su cónyuge de que algún día lo envenenaría por su maltrato, como cuando el dueño del coche le da las llaves del mismo al amigo ebrio, quien se las pide para dar un paseo.

Sin embargo, para sostener la prohibición de regreso en el CPF y el CPDF asimismo se puede deducir que tales códigos también aceptan la tesis de la causalidad adecuada al caso concreto, por virtud de la cual el nexo causal se interrumpe por concausa posterior que consista en el hecho ilícito de otro y que opere por sí mismo para producir el resultado. (Ver al respecto el número VIII del Capítulo Décimo.) Pero aún si no se pudiese deducir la prohibición de regreso de aquella manera en el CPF y el nuevo CPDF, puede argüirse que no se

⁷⁷⁸ Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günter Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera reimpression, Bogotá, Colombia, 2001, pp. 154 y ss.

comprende bien cómo es posible que —conforme al principio constitucional de estricta legalidad— la ley no tolere la imputación penal a las conductas de otras personas diferentes a las de quienes realizan la acción de cada figura típica dolosa, sino es que a través de las formas específicas de conductas que la misma ley arbitra para la coparticipación —trátese de autorías distintas a la autoría material única, de coautorías, de inducción o de complicidad—, para que luego dé mano larga al poder punitivo estatal tratándose de conductas culposas más allá de quien realiza culposamente la última condición que causa el resultado. Lo que de entrada permitiría sostener que la imputación no debería ir más allá de aquél límite salvo que la ley expresamente lo autorizara a través de formulas que regulasen esas otras condiciones, dado que por esa razón se deduciría que el tipo penal culposo se concibe con tal coto al faltar los supuestos típicos de las formas de intervención en el tipo penal culposo diversas al autor material —es decir, respecto de quién ponga la última condición—. Sin embargo, es difícil que ésta interpretación pueda mantenerse, pues se quedaría más en una consideración deseable —de lege ferenda—, dado el carácter “abierto” en tal aspecto del mismo tipo penal culposo que en tal punto indica su posible inconstitucionalidad por atentar contra la garantía de ley cierta del artículo 14 C. que prevea y limite aquellas formas culposas de intervención, en vez de dejar abierta la imputación a cualquier acción que viole un deber de cuidado que determine el resultado. De aquí que por lo pronto y salvo el argumento del nuevo actuar auto-responsable de otro que de ese modo cancela por sí al nexo causal, si hay razones para incluso explicar porqué respecto de quienes intervienen en la realización de un delito culposo más allá de quien físicamente realiza la última acción que lo causa, tuvieren que haber realizado la suya en una situación de reconocible propensión al hecho por parte del autor, criterio que linda con la culpa conciente; aunque para los segundos —esto es, respecto de quienes pongan la última condición— pueda ser suficiente la mera culpa inconsciente, ya que en tales casos tal diferencia se justifica, precisamente porque en los primeros todavía no se da la conducta de quien realiza la última condición física para el resultado. Asimismo, toda vez que de acuerdo con las circunstancias en que se actúa al agente le ha de ser reconocible la propensión a delinquir de quien cabe esperar que use el instrumento que se le facilita para tal fin o con tal orientación, tal criterio dificulta que en vía de regreso se vaya más allá de quien en tales condiciones provea el medio al autor o se lo ponga a su alcance. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS — VII —

La comunicabilidad en las formas de intervención

Así como cada cual sólo responde por la propia culpabilidad, también cada cual sólo responde en la medida de lo que quiso o aceptó y conoció o le fue conocible y con base en ello él realizó o contribuyó a realizar. En la misma medida, aquellas circunstancias estrictamente personales que la ley tome como motivo de agravación o atenuación de la punibilidad sólo benefician o perjudican en quien concurren a menos que, en virtud del conocimiento, la ley extienda esas consecuencias a los demás que intervienen en la realización del tipo.

Los supuestos de incommunicabilidad o comunicabilidad que regulan los artículos 54 del CPF y 23-IV-V-VI del CPC, son los relativos a las causas personales de exclusión de la pena o modificativas de ésta. Así como los supuestos que se refieren a la comunicabilidad entre los copartícipes de las circunstancias de carácter preponderantemente objetivo o subjetivo modificativas de la sanción. Así se establece que:

Las causas, relaciones o calidades personales que por sí mismas la ley tome como motivo para agravar, atenuar o excluir la pena, sólo perjudican o favorecen al autor o partícipe en quien concurren.

Por ejemplo, si en razón de su minoría de edad el autor está excluido de la pena del robo que perpetra o por tal minoría amerita una punibilidad atenuada; su exclusión o atenuación de la pena no se comunica y, por ende, no favorecen al coautor, instigador o cómplice que sea mayor de edad penal o tenga una edad superior a aquél.

Mas tratándose de circunstancias típicas con preponderancia objetiva que modifican la sanción —ya sea agravándola o atenuándola—, aprovecharán o perjudicarán a todos los que intervengan en la comisión de un delito, siempre y cuando lo hagan con conocimiento de ellas. En tanto que las circunstancias subjetivas que excluyan, atenúen o agraven la sanción, no se comunican para quién intervenga sin estar bajo el influjo de ellas.

O dicho de manera positiva, los elementos subjetivos específicos que sean motivo preponderante para excluir, agravar o atenuar la pena sólo perjudican o benefician a quien afecten o a quien intervenga en virtud de ellos. Pues si la razón que se toma en cuenta para excluir, agravar o atenuar una pena se basa en una circunstancia subjetiva del partícipe, por ende, resulta evidente que no debe excluirse, atenuarse o agravarse la pena de aquel en quien no concorra tal razón. Así, el tipo penal que se realice bajo error sólo favorece a quien sufre la falsa apreciación. No obstante, también es dable mencionar que a la luz de los conceptos del dolo que dan el CPF y el CPC, las referidas formulas —salvo las relativas a las calidades estrictamente personales que agraven, atenúen o excluyan la pena— las restantes ya son innecesarias, por lo que quizá ese haya sido el motivo por el que ya no las contemple el nuevo CPDF, e incluso porque ello se puede deducir en un interpretación racional de los casos en que así sea, salvo la referente a que las circunstancias estrictamente personales que la ley toma como motivo de agravación o atenuación de la punibilidad, sólo puedan beneficiar o perjudicar en quien concurren, a menos que la ley disponga otra cosa en virtud del conocimiento por el partícipe de que concurren tales circunstancias personales en otro, aquél conocimiento sea motivo para la agravación o atenuación de la pena con relación a quien no tiene la calidad personal. Como sucede con la agravación legal de las penas con motivo de que alguno de los partícipes no autores tenga la calidad personal, por la cual el homicidio se sanciona como parricidio, matricidio, filicidio etc. para los demás que sepan de esa relación (artículo 346-párrafo-segundo del CPC.)

Por otra parte, hay que tener presentes los principios de accesoriedad típica y de unidad subjetiva. Pues sólo se podrá sancionar a los autores o partícipes si el tipo penal del delito alcanzó por lo menos el grado de tentativa punible. La tentativa de participación no es punible. Y tampoco es punible la intervención culposa en un delito de autor o coautor doloso.

A menos que —en Coahuila— con relación a un tipo penal que admita la culpa, se cause el mismo resultado por «autores materiales» dolosos y culposos, en cuyo caso se sancionará a cada cual de acuerdo con la forma subjetiva que asumió (fracción I del artículo 23 del CPC.)

— VIII —

El error en las formas de intervención como excluyente del tipo penal

En un delito doloso, si alguien concurre a la realización del tipo penal debe tener el conocimiento y la voluntad de hacerlo así. Bien sea porque como autor o coautor realiza, domina o co-domina la realización de la

conducta específica descrita o implicada en la figura típica. Bien sea porque pone otro aporte típico para la realización del hecho a través de cualquiera de las otras formas de intervención en el delito. Es decir, a título de determinador o cómplice; o por participar en delito emergente o con ignorancia del autor. Ahora bien, el error de tipo es eminentemente subjetivo y sólo favorece en quien concurra.

Para los efectos del error según la forma de intervención —y tomando en consideración que los errores de tipo que se examinaron en el capítulo precedente se refieren principalmente a la figura de *autor material o directo*— habrá que distinguir. En el CPC es factible la autoría mediata culposa por error respecto a tipos penales que admiten la culpa, en cuanto que el sujeto que aparece como autor mediato tenga una falsa representación de la naturaleza de la acción material que hace realizar por otro excluido de delito, violando a la vez un deber de cuidado que motiva el resultado que le era previsible causar en esas condiciones. Por ejemplo, el sujeto activo con el propósito de jugar una broma y creyendo que el revólver contiene cartuchos de salva se sirve de un niño para que dispare el arma en contra de un amigo que desea asustar. En tales supuestos, si el error es “invencible” excluirá la tipicidad del hecho. Más si es “vencible” el hecho se sanciona como culposo. Tal supuesto es admisible de acuerdo con el artículo 20-II-segunda-parte del CPC, que contempla a la autoría mediata “culposa”. Al señalar como tal a: *“quien sin ser autor o coautor y sin voluntad de contenido típico, realice una acción o la omita con violación a un deber jurídico de cuidado a su cargo, originando un resultado que le era previsible causado por otro, aun cuando este resulte excluido de delito”*. Adviértase que en tal caso se exige un juicio “ex-post” acerca de la previsibilidad del resultado, en cuanto que el mismo “le” debe ser previsible al autor mediato para que el tipo culposo se integre con relación a él.

Empero, difícilmente tal caso podría fundamentarse de aquél modo en el CPF y el CPDF. Pero ello no obsta para que se estime relevante el actuar culposo de quien instó al niño a la acción, dado que precisamente eso mismo le hacía conocible las propensiones de aquél. También puede haber error en una conducta que sólo aparenta complicidad previa, simultánea o de ayuda subsecuente. Pero sin que en realidad exista la complicidad. Aquél se da cuando el mismo incide sobre la “naturaleza” típica del auxilio que se presta. Es decir, cuando el sujeto activo ignore o tenga una percepción equivocada de que “auxilia” para realizar un hecho que el tipo penal capta. Lo anterior es como se indica, porque en la complicidad las conductas de “auxiliar” o “ayudar” tienen una raíz subjetiva específica en cuanto que el auxilio previo o simultáneo que se presta a otro se le proporcione *dolosamente para* la ejecución de la figura típica de un delito (complicidad en sentido estricto.) Por lo tanto, es atípico el auxilio que se presta sin que en la conducta del sujeto activo exista el dolo de complicidad para que se cometa el delito. Es decir, si la ayuda se da o se promete bajo la creencia de que se dará para que se realice un hecho distinto al captado por un tipo penal. Ejemplo: el sujeto activo presta su automóvil al autor para ir de paseo, sin saber que éste lo usará para escapar fácilmente de un robo que va a cometer o acepta ir a esperar a alguien en cierto lugar para llevarlo luego a otro sitio, sin saber que aquél cometerá un robo en lugar donde el otro lo esperará, el cual lleva a cabo sin que quien luego brinda ayuda sepa del mismo.

Sin embargo, en todos los casos señalados falta en realidad una coparticipación, pero aún así, sí pueden darse ciertos casos en los que realmente haya complicidad y el error se origine por discrepancia entre el dolo del cómplice y el del autor. En efecto, se puede dar el supuesto general de que el cómplice preste auxilio con un fin típico penal discrepante del hecho típico penal que realiza el autor. En tales casos, habrá que distinguir cuándo tal discrepancia es irrelevante, de cuándo sí es apreciable para excluir el dolo del cómplice respecto al dolo del tipo básico (caso en el que la complicidad desaparece) o con relación a modalidades atenuantes o agravantes (caso en el que la complicidad subsiste):

1) El error del cómplice no excluirá su dolo si la discrepancia entre su fin y el del autor incide sobre una calidad o circunstancia individualizada por él, de la cual el tipo penal ninguna diferencia hace, sino que la contempla genéricamente. Pues en tales supuestos, tan el hecho que realiza el autor, como el querido por el cómplice, se capta por el tipo penal del delito que se comete. Por ejemplo, el cómplice presta ayuda al autor para que robe a Juan, pero el autor utiliza la ayuda para robar a Pedro.

2) En el diverso supuesto del error relevante del cómplice respecto a la complicidad o sólo relevante con relación al dolo del autor para modificar la punibilidad de aquél: El primer caso se da cuando la ley contemple las circunstancias o elementos discrepantes de ambos dolos en tipos penales totalmente diferentes, y el segundo cuando el dolo del cómplice difiera del dolo del autor respecto a una o más circunstancias que la ley tome en cuenta de manera esencial para agravar o atenuar la punibilidad. Para analizar estos fenómenos, primero hay que tomar en cuenta el tipo penal que objetivamente se realizó por el autor y en qué difirió la voluntad de contenido típico del cómplice con el dolo del autor. Si el cómplice tuvo un conocimiento parcialmente diferente al del autor pero insustancial al tipo penal realizado por éste, a aquél se le podrá atribuir la realización del tipo penal en la medida de su conocimiento de contenido típico. Siempre y cuando se den todos los demás elementos del tipo penal del delito. Por ejemplo, de acuerdo con el CPDF y el CPC —en los cuales sí es comunicable el conocer ciertas circunstancias personales de agravación— el cómplice puede tener el dolo de homicidio y el autor mata al padre, sin que aquél sepa de esta circunstancia. Por lo tanto, la conducta del cómplice sólo se considerará a título de homicidio y no de parricidio. Si el cómplice auxilia a la privación de la vida de su hijo recién nacido, que padece graves deformaciones, creyendo que tiene menos de 72 horas de nacido, cuando en realidad tiene más, circunstancia que sí conoce el autor, sólo al cómplice se le atribuirá el hecho a título de infanticidio. Mas sí será relevante el error del aparente cómplice que incida sobre elementos que configuren un dolo distinto al del autor, si es que el cómplice tuvo una voluntad de contenido típico totalmente diferente al tipo penal que realiza el autor. Pues ese delito no le puede ser imputado a aquél; siempre y cuando no se den los supuestos de atribución al cómplice del delito emergente. Esto es, el error del cómplice será relevante para excluir su dolo, cuando éste difiera total o esencialmente del dolo del autor y la ayuda que brinde no sirva de medio necesario para el delito emergente del autor. Además, el cómplice esté ausente en su comisión, o estando presente, no pueda impedirlo —o, además, cuando para ello corra riesgo personal de acuerdo con el artículo 23 del CPC—. Ejemplo: el cómplice presta su automóvil para que el autor vaya a robar y este lo usa para lesionar a otro, atropellándolo.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO LOS LÍMITES A LA TENTATIVA PUNIBLE

— I —

El tipo penal de la tentativa y el delito en grado de tentativa

La punición de la tentativa no sería admisible si la conducta y si las condiciones con las que aquella se conforma no las previese la ley penal. Ya que sólo así se puede cumplir con la garantía de estricta legalidad en los delitos del artículo 14 C.

Los delitos que se recogen en la Parte Especial de los códigos penales y en otras leyes son figuras típicas de delitos «consumados», sin que ellas contengan la descripción de la conducta de tentativa, ni las condiciones que ella debe asumir para que sea punible aún sin integrar todas las que las primeras exigen. La figura de la tentativa se prevé en la Parte General de los códigos penales, al igual que las normas que regulan la autoría y la participación. Por ese método se evita tener que reproducir junto a la figura típica de cada delito consumado —y que pueda admitir a la tentativa— la correspondiente figura típica de su delito en grado de tentativa. *Pero a diferencia de las normas de la autoría y la participación, la de tentativa no “amplifica” las figuras típicas del delito consumado, simplemente porque una y otras no pueden coexistir, ya que las figuras típicas de los delitos consumados suponen siempre tal consumación, mientras que la de tentativa requiere como elemento propio precisamente el signo contrario, esto es, la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.* La tentativa punible tiene así su propia configuración típica, la cual por referirse siempre a la voluntad de consumir un delito cuyo bien jurídico se pone en peligro, pero que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, conlleva a que tal figura típica deba conectarse con la del delito que se quería consumir para integrar la del delito en grado de tentativa que corresponda.

De todo ello se sigue que la tentativa siempre implica un momento anterior al del delito consumado al cual se dirige. Y que cuando una conducta se ensambla al dispositivo típico que sanciona dicho momento anterior al de la consumación del delito propuesto —que se deja de dar por causas ajenas a la voluntad del agente— es que puede aparecer la tentativa como un delito en sí. Con todos los elementos consubstanciales a éste, según la dogmática del Derecho del cual dichos elementos manen.

Por ello —aunque por facilidad de lenguaje nos refiramos a la «tentativa»— en el universo fáctico jurídico es impropio hablar de tentativa “a secas”. Como igual es inadecuado decir que se intentó un delito. Ya que no se trata de que se intente nada, ni tampoco se trata de un delito tentado. Ya que si sólo se intentara un delito que no se da: ¿porqué pues habría de punirse la conducta si no hubo delito? Lo que se intenta es consumir un delito. Pero la acción que constituye ese intento configura por sí y más bien un “delito en grado de tentativa”. Cuya específica estructura típica surge de la vinculación de dos normas **1)** La que prevé el tipo penal de un delito consumado en particular. Y, **2)** La del dispositivo típico que consagra a la tentativa como hipótesis típica con su acción propia que capta momentos anteriores a aquél en que cristaliza la consumación de la particular figura delictiva. Pero precisamente por ello es equívoca y puede ser falsa la afirmación de que la tentativa sea un dispositivo típico que «amplifique» las figuras típicas de los delitos en particular, tal como lo sostuvo con

elocuencia Jiménez Huerta en nuestro país, siguiendo en tal aspecto la tesis de Beling.⁷⁸⁰ La tesis es correcta en la medida que la tentativa no se puede entender y concretar si no se le vincula con la figura típica del delito que el sujeto quería consumir. Pero es falsa en cuanto que por este motivo aquella debiere estimarse una figura complementaria o una hijuela del delito principal, mismo al cual amplificaría. Porque tal idea conduce a sostener que la tentativa sea parte del delito consumado. Y ninguna de estas dos últimas conclusiones es apropiada. Pues aunque es innegable que los actos u omisiones que constituyen a la tentativa como conducta típica se vinculan íntimamente a los de la estructura típica del delito consumado, pues sólo así se puede producir un marco jurídico de concreción del injusto que salvaguarde la garantía de legalidad estricta en los delitos. También es indudable que la norma de la tentativa supone la inconsumación del delito, la cual colisiona con las exigencias de las figuras típicas de los delitos consumados. La tentativa tiene así sus propios elementos típicos configurantes que prevé la misma ley. Dada la tipicidad de la tentativa y, además, la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad de la conducta, surge la tentativa como un delito. Por lo tanto, el delito en grado de tentativa no es una simple fase de ejecución del delito consumado. Sino que aquél es un delito en sí mismo, diverso al delito consumado y no ampliatorio de él.

Todo ello tiene su razón de ser en la garantía de estricta legalidad que —como límite al poder punitivo del Estado— debe gobernar la construcción legal previa de las conductas por las que se pretenda sancionar con penas. Además, también tiene su importancia práctica. Porque ayuda a evitar las confusiones frecuentes que parten de la idea errónea de que la tentativa es segmento del delito consumado y, por lo tanto, accesorio a él, lo cual de por sí es un contrasentido no sólo porque en ambos tipos (o supuestos legales) uno de sus elementos se opone al del otro; sino porque en última instancia: ¿qué acaso no sería a la inversa, donde el delito consumado sería accesorio de la tentativa, en cuanto todo delito consumado presupone el inicio de su ejecución? Sin embargo, aunque tal aspecto —inicio de ejecución— podría —aunque no siempre— ser común a la tentativa y al delito consumado, nunca lo será así un restante componente esencial: pues en tanto las figuras típicas de los delitos consumados requieren precisamente de la consumación para que se tipifiquen, la de tentativa exige el dato opuesto, esto es, la inconsumación del delito propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente. En tal sentido, una cosa es derivar que la tentativa sea accesorio a las figuras típicas de los delitos consumados en virtud de la necesaria interconexión de la tentativa a la figura típica de los delitos consumados a efecto de completar en aquella el marco de concreción del injusto en cada caso; y otra muy distinta es pensar que por ello la tentativa sería parte de estos últimos, desacierto que por lo demás genera equívocos lamentables. Así, con base en los delitos consumados que se consideraban como graves en los códigos procesales, se pretendió decidir la improcedencia de la libertad caucional respecto a los delitos en grado de tentativa de aquellos delitos. Para tal efecto se adujo que los códigos sólo citaban los nombres de los delitos graves y los artículos que los prevenían — ¡como consumados!— y que si la ley no distinguía (sic), aquellos también implicaban a los delitos en grado de tentativa. El error y las consecuencias a las que él condujo son evidentes. A grado tal, que fue hasta después de ese criterio arbitrario que se reformó el CFPD para dar cabida a los delitos en grado de tentativa que se debían estimar graves. Haciéndolo a través de la

⁷⁸⁰ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, op. cit., Tomo I, p. 337.

formula general expresa en el sentido antes dicho. Con lo que se incurrió en la diversa falla de adoptar una política criminal incoherente con los motivos de un Derecho Penal de intervención mínima, mismos que dieron origen a la reforma constitucional de 1993 de la fracción I del artículo 20 C. para limitar el empleo de la prisión preventiva sólo respecto a los delitos que la ley clasificara como graves.⁷⁸¹

— II —

Los elementos típicos de la tentativa punible

La ley contempla —o de ella se pueden deducir— tres condiciones para la integración típica del delito en grado de tentativa. Dos positivas y una negativa.

La primera. Que se exteriorice la resolución de cometer un delito por un comienzo de ejecución a través de actos que sean unívocos en su conjunto de aquella resolución. (Artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC.) Como se verá, la univocidad de los actos sirve para deslindar la conducta ejecutiva de los medios preparatorios.

La segunda. Que se dé el específico peligro de dañar al bien jurídico tutelado y, por lo tanto, que los actos sean «idóneos» para ello. Así se desprende a través de la expresión "actos «idóneos»" del artículo 38 del CPC y mediante el principio de daño o peligro del bien jurídico como elemento permanente del tipo penal, tan en el CPF y el CPDF (el artículo 4º del CPDF lo consagra de manera expresa), como en el CPC (los artículos 16-V y 41 que también lo señalan de igual modo.) Y,

La tercera. Que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. (Artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC.)

La tentativa punible es pues necesariamente dolosa y requiere de indudables actos ejecutivos que sean típicamente adecuados para la consumación del delito propuesto, la cual no se da por causas ajenas a la voluntad del agente. Pues es claro que no se sanciona sólo el querer consumir un delito determinado. Sino a los actos u omisiones que con ese fin inicien la ejecución de un delito en particular. De tal suerte que por esta vía, además, se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma en el tipo penal del delito que se trate de consumir. Por ejemplo: el núcleo de la figura típica del delito de violación no consiste simplemente en copular, sino en hacerlo por medio de la violencia física o moral. Es decir, la ejecución que la figura describe y sanciona se inicia cuando se violenta o amenaza a la víctima con el propósito de yacer de inmediato contra su voluntad. Lo que objetivamente se debe evidenciar por acciones del activo en su propio cuerpo y en el de la ofendida que indiquen en aquel sentido, de tal modo que se actualice la "univocidad" y la "idoneidad" de la acción que concreta al tipo penal del delito en grado de tentativa. En síntesis, de acuerdo con los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, para afirmar que un hecho se ajusta al tipo penal de un delito en grado de tentativa, será necesario que se exteriorice la resolución delictiva por un comienzo unívoco e idóneo de ejecución, pero sin que se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Ello implica, que todas las posibilidades de la tentativa punible no se agotarán con los dos baremos siguientes: 1) Que el sujeto activo incurra dentro del verbo o núcleo del tipo que pretende consumir. Es decir, que se pueden considerar en forma objetiva como actos de "ejecución": los que sin consumir al tipo ingresen a su "núcleo" por verificarse algunos de los medios comisivos o circunstancias de ejecución que el mismo tipo penal establece para la realización de la conducta y los que no deben dejar duda de la resolución criminal del agente

⁷⁸¹ Ver al respecto el CAPÍTULO TERCERO, núms. III y IV.

con relación al delito propuesto. O bien, 2) Los actos que supongan el inicio de la acción u omisión del figura típica penal del delito al que se dirigen, pero sin que "completan" la conducta específica; o agotándola no produzcan el resultado. Y lo anterior es como se indica, porque el inicio de ejecución no siempre se caracterizará según aquellos índices, esto es, porque se inicie la conducta que describe la figura típica del delito consumado o en su caso se le complete pero sin que se dé el resultado por causa ajena a la voluntad del agente. Porque si bien es indiscutible que en el primer caso ya hay inicio de ejecución y que en todos los casos citados habrá tentativa punible si el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, lo cierto es que también es posible que el inicio de ejecución se dé en virtud de otros actos anteriores al inicio del "verbo" de la figura típica del delito consumado y que ya sean por sí mismos unívocos, en cuanto que por ellos mismos revelen la resolución de cometer el delito propuesto; siempre y cuando, además, aquellos lleguen a ser idóneos, en cuanto a su capacidad —en un juicio ex-ante— de lesionar el bien y, en su caso, producir el resultado, según el plan del autor. Toca entonces aclarar más ¿en qué consiste ese proceso ejecutivo?

— III —

La univocidad, el dolo y la idoneidad de la conducta como elementos del proceso ejecutivo en la tentativa punible

Los actos de ejecución que constituyan la acción de la tentativa deben evidenciar en sí y por sí el propósito delictivo del agente de consumir un delito. Lo cual no sucede en el mismo ejemplo de la violación si los actos que realiza un sujeto activo consisten en tocamientos en el cuerpo de la ofendida sin su voluntad. Y sin que antes de que se le interrumpa en tal realización, el sujeto no utilice la violencia física o moral ni realice maniobras que por sí mismas evidencien su propósito de copular por aquél medio. Es claro entonces que los actos de que se trata serían atípicos del delito de violación en grado de tentativa. Y sin que, además, se pueda afirmar que se surtió el elemento subjetivo, cual es el propósito del agente de llegar a la cópula por medio de la violencia. Pues la misma dinámica de los hechos plantea en sana crítica la seria posibilidad de que fuera otra la voluntad del agente. Por ello:

El inicio de ejecución o la ejecución misma de los actos que actualicen el tipo penal de delito en grado de tentativa se caracteriza así por el carácter «unívoco» e «idóneo» de la acción u omisión con relación a la consumación del delito propuesto. Aquella acción será «unívoca», cuando el comportamiento del agente revele por sí la resolución de cometer el delito propuesto. Y la acción u omisión serán «idóneas», cuando en un juicio ex-ante el comportamiento ponga en peligro concreto al bien jurídico según el plan concreto del autor. Esto es, la que conforme al plan del autor y en juicio ex-ante se traduzca en una conducta apta o adecuada (idoneidad) para dañar el bien jurídico en el caso concreto y, en su caso, producir el resultado que se contempla en el tipo penal delictivo que se quiere consumir.

Así, en los delitos de resultado, el límite mínimo de la tipicidad de la tentativa se da con el inicio de ejecución que se revele a través de actos unívocos e idóneos que se pueden dar inmediatamente antes de iniciar la conducta de la figura típica que no se consuma o con aquellos que iniciándola no la completan. Y el límite máximo es el último acto idóneo con el que el agente termina la acción ejecutiva y que debió causar el resultado que no se produce. Es decir, sin que aquel se origine o no se dé la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Mas de ello también se deriva que los actos típicos de tentativa no pueden caracterizarse en razón de que fueren inmediatos anteriores a la conducta descrita en la figura típica, no solo

porque también podrían constituir tentativa aquellos que inicien el verbo de la figura típica, sino porque la esencia de los actos de tentativa radica en su univocidad e idoneidad y no sólo en su a veces inmediatez anterior a la acción de la figura típica del delito consumado.

Con esos criterios se hace la distinción entre tentativa «inacabada» y tentativa «acabada»; ambas punibles. La primera, que inicia la ejecución de la conducta, pero que no la completa. La segunda, donde la conducta ejecutiva se completa pero sin que ella produzca el resultado. De lo cual se sigue que la tentativa acabada sólo es posible en los delitos de resultado.

Conceptualmente es viable que un delito de simple conducta admita la tentativa. Mas ello dependerá de la fraccionabilidad de la conducta que —en el caso concreto— satisfaga, además, los requisitos típicos de la misma tentativa punible. Pero en tales eventos sólo es dable la tentativa inacabada. Pues completar la acción que suponga el delito de mera conducta ya implica consumarlo. Lo que sí es imposible, es que quepa la tentativa punible con relación a un delito de conducta de omisión simple y en aquellos de simple conducta activa cuya acción no pueda materializarse sin implicar ya la consumación de la figura típica, como sucede con relación a esos últimos respecto a los tipos penales de “proposición para cometer traición, espionaje, rebelión y sedición” de los artículos 123-IX, 135-I y 141 del CPF. La naturaleza de esa clase de conductas impide que se les pueda fraccionar. Y, por lo tanto, no puede iniciarse su ejecución sin que esta no implique en sí la consumación misma del delito. Sin embargo, aunque respecto al nuevo CPC es claramente válida la consideración de que la tentativa es factible en un delito de simple conducta, pues la redacción del artículo 38 de ese código permite con facilidad tal interpretación, al decir que: (...) *la figura típica en grado de tentativa se integra cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, por realizar en parte una conducta unívoca e idónea para consumarlo; o por ejecutar totalmente la que debiera producir el resultado; si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.* Los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF parecen regular un supuesto diferente en cuanto disponen que: (...) *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».* La situación parece así distinta en el CPF y el nuevo CPDF respecto a la que prevé el CPC. Ya que pareciera que los respectivos artículos 12 y 20 de esos códigos sólo admiten la tentativa punible en los delitos de resultado y no así en los de simple conducta. Y ello es así, pues aunque las figuras típicas sobre la tentativa tan del CPC como las del CPF y el CPDF se refieren a un “resultado”. Y, asimismo, los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF se refieran a *exteriorizar en “parte” o “totalmente” los actos ejecutivos...* Sin embargo, las figuras típicas de la tentativa punible del CPF y el CPDF condicionan los actos de la tentativa inacabada y la acabada a dicho “resultado”. En tanto que en el CPC sólo se condiciona el “resultado” a la tentativa acabada, mas no así a la inacabada; respecto de la cual nada más se hace referencia a la interrupción de la conducta misma con relación a un delito consumado. Lo cual es distinto a un delito de resultado. Ahora bien, se podría decir que los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF aluden a “resultado” como equivalente a daño del bien jurídico. Aunque es el caso que el vocablo “resultado” es conceptualmente diferente al de “daño”. En tanto que el “resultado” alude —en el contexto del tipo penal— a la consecuencia material o externa que la misma figura típica prevé o implica de manera necesaria. Mientras que el “daño” referido al tipo es el menoscabo de un bien jurídico (el “peligro” de daño es el riesgo de que ese bien se menoscabe en el caso concreto.) (Diferente al “daño” como menoscabo de la esencia o utilidad de una

cosa, mismo que sólo aparejaría a un "resultado" bastante reducido en sus alcances para los efectos de los delitos en grado de tentativa). Con todo, lo único que podría razonarse válidamente es que la ley, al aludir a "resultado" en la tentativa se refiere al daño jurídico. Esto es, al menoscabo al bien jurídico que el tipo penal protege. Mismo que no se da en tanto que, por causas ajenas a la voluntad del agente, la acción ejecutiva solo origina el riesgo —peligro— de tal menoscabo. Y es que hay delitos de simple conducta que sin embargo son de resultado jurídico en el sentido antes dicho. Como lo es el robo. Y por lo tanto, de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF se diría que en aquel cabría la tentativa por virtud del peligro que ella implica de dañar el patrimonio ajeno. Claro que se puede argüir válidamente que una interpretación literal en el sentido antes dicho de "resultado material o externo" sería absurda de la norma que se interpreta. Pero ello sólo muestra la impropia redacción de los preceptos, sino es que la interpretación no se aparta del sentido correcto de la norma que se explica.

Igualmente cabe señalar que es un contrasentido aparente que la tentativa pueda ser admisible en los delitos de "peligro". Es decir, en los que la figura típica del delito consumado involucre sólo un «peligro» de daño al bien jurídico. Pues si la tentativa misma es un delito de peligro y no de daño, en cuanto que aquella sólo admite el peligro concreto de dañar al bien jurídico que prevé la figura del delito consumado: ¿Cómo sería posible entonces concebir el peligro de un peligro sin caer en contradicción esencial? Sin embargo, ello aparejaría confundir a la realización del peligro con la consumación. Lo cual sería un error. Porque la consumación en esos delitos no solo depende de que se dé el peligro para el bien jurídico, sino de que se agoten, además, todos los actos u omisiones y demás condiciones que configuren la conducta típica del delito. Por lo tanto, es factible que un delito sea a la vez de simple conducta y de mero peligro. Y que en tal contexto la conducta sea fraccionable y, permita, así, un inicio de ejecución que origine el peligro que la misma figura típica exige y en el cual no se lleven a cabo todos los demás actos que debieren completar la conducta que integre al tipo consumado. Pues se debe recordar que la conducta puede naturalísticamente integrarse por un sólo acto o por una pluralidad de ellos o de comportamientos activo-omisivos que en su unidad de sentido constituyen la "acción" u "omisión" y que será la conjunción de aquellos los que han de estimarse unívocos e idóneos a efecto de integrar la tentativa punible.

La "univocidad" y la "idoneidad" de la conducta que despliega el autor son pues elementos necesarios del tipo penal del delito en grado de tentativa. Esos elementos se mencionan de manera expresa en el CPC. *Por "univocidad" en el contexto de la acción ejecutiva del delito en grado de tentativa se debe entender aquella acción en sí —que por el modo en que se realiza— revela la resolución del agente de cometer el delito. Por lo tanto, la que por sí misma y sin lugar a ambigüedad evidencie que el agente resolvió cometer el delito. Mas para determinar la "univocidad" de la conducta no se deben examinar los distintos actos aisladamente, ya que la conducta se puede integrar por un sólo acto o por una pluralidad de ellos o de comportamientos activo-omisivos que en su unidad de sentido constituyen la acción que por aquellas características de univocidad deban ya estimarse de ejecución del delito.*

En los mismos artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, a la "conducta" no se le constriñe a un "acto". Sino que el primer y segundo numerales aluden a "los actos ejecutivos...", y el tercero, a un "... comienzo de ejecución o a todos los actos u omisiones...". De esta manera, se debe atender al «desarrollo» de la "conducta". De tal guisa que en su íntegro contexto permita una sola conclusión: la resolución de cometer un delito determinado. Tal criterio ya permite un deslinde de los "actos ejecutivos" o del "comienzo de ejecución" —con el que se caracteriza la conducta de la tentativa punible en los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF— de

los actos meramente preparatorios, porque en la medida que un acto o una serie de ellos no permitan asumir que en sí revelan el fin de consumar el delito propuesto, aquellos actos podrán estimarse preparatorios pero no constitutivos de la conducta que pune el tipo penal de tentativa. Criterio éste que sostienen las siguientes tesis de la SCJN:

TENTATIVA INEXISTENTE (JURISPRUDENCIA). La tentativa punible es un grado de ejecución directa inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado, y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa.⁷⁹²

TENTATIVA. Los actos que integra la tentativa son necesariamente ejecutivos, aún cuando no consumativos, pues precisamente la ausencia de consumación y el principio de ejecución es lo que caracteriza este grado de comisión de los delitos, y mientras el acusado no pase del acto preparatorio que es objetivamente inequívoco, no puede hablarse de que se esté en presencia de una tentativa.⁷⁹³

Por otra parte, la "univocidad" de una acción muestra su contenido de voluntad final. En tanto que es la resolución de cometer un delito la que se exterioriza por un comienzo unívoco de ejecución. Y este comienzo será "unívoco" sólo cuando en su integridad revele en sí el dolo del agente. Sin embargo, se debe precisar que en nuestro Derecho se incrusta en forma expresa el dolo del delito que se pretende consumar dentro del dispositivo típico amplificador de la tentativa: "*La resolución de cometer un delito se exteriorice...*". El que forma de ese modo expresa parte necesaria de los elementos del tipo penal del delito en grado de tentativa. Ese dolo se podrá probar por los diversos medios de convicción que se aporten en autos. Más lo anterior no implica que en virtud de la prueba del dolo, necesariamente los actos realizados fueron de naturaleza "unívoca". Pues tal atributo se refiere tan a los actos como a la voluntad. Y, por ende, su valoración ha de ser objetiva y subjetiva. En este último aspecto, la «univocidad» de los actos debe revelar la exteriorización voluntaria de los mismos «para» consumar el delito propuesto. En el primero, los actos demostrados, en su contexto de acción en sí y por sí deben evidenciar dicha voluntad de contenido típico. Para así ser considerados como "unívocos".

Por ello no se debe confundir a la "univocidad" con la confesión de la intención del agente. Esto es válido en cuanto que aquella no siempre se puede reducir al contenido de la segunda. En tanto que la intención delictiva si bien se puede probar con la confesión del inculpado; esto no siempre supone que los actos que lleguen a confesar el sujeto hayan sido "unívocos". Esto es así, pues la "univocidad" se refiere tan a la intención del sujeto, como a los actos mismos; los que por sí la deben revelar. Sin embargo, también es cierto que si se acredita la «univocidad» objetiva de los actos ya sea por la misma confesión o bien por diversos medios de prueba ajenos a la confesión, aun sin ella esos mismos medios de convicción serán suficientes para probar la «univocidad» subjetiva de la conducta. Y no por la confesión del inculpado, la que incluso puede faltar. Sino porque con esos medios de prueba se acredite en sana crítica que el activo realizó actos "unívocos". En este caso, los que de por sí y en sí revelen la voluntad de aquél de cometer un delito determinado.

Así pues, se reitera, que se debe evitar involucrar —como llegó a hacerlo Carrara— a la «univocidad» de los actos con la prueba de la «intención» del agente. Reduciendo la primera a la segunda. Pues equivaldría a confundir los planos sustantivo y procesal en que se debe analizar el elemento subjetivo del delito en grado de tentativa. En efecto, el dolo es elemento esencial y necesario del tipo penal del delito en grado de tentativa. Como tal, coincide en lo sustancial con el dolo del delito que se pretende consumar. La «univocidad», por su

⁷⁹² Apéndice al S.J.F., Segunda Parte, Primera Sala, p. 872, 1978.

⁷⁹³ SCJN, Primera Sala, Boletín de 1981, p. 594; A.D. 3541/1981, Román Navarro Gaeta; resultado 4 de septiembre de 1981; resuelto por unanimidad de 4 votos; ausente: Sr. Ministro Rivera Silva; Ponente: Ministro Mercado Alarcón, Sr. Lic. Javier Alba Muñoz.

parte, se refiere a los actos u omisiones que en su conjunto deben evidenciar por sí y en sí la voluntad de cometer el delito de que se trate, pero los cuales también se constituyen en un elemento material esencial para la configuración del tipo penal de la tentativa. Así, la «univocidad» de los actos resulta útil para inferir el dolo. Pero si el agente confiesa la intención que tenía, pero no relata en qué consistieron sus actos o los actos que narra, por sí mismos son equívocos y no revelan el delito propuesto, dicha confesión —si acaso fuese correcto considerarla así procesalmente de acuerdo con el concepto legal de ella— será insuficiente para evidenciar la «univocidad» de la conducta o bien los que aquella indica serán precisamente “equívocos”. Univocidad de los actos que se debe demostrar como elemento típico del periplo ejecutivo propio de la tentativa punible. Mismo que prevé en forma expresa el CPC; pero que también se puede deducir para el CPF y el CPDF, cuenta habida que los respectivos artículos 12 y 20 de esos códigos exigen que *“la resolución de cometer un delito se exteriorice realizando en parte o totalmente actos ejecutivos”*. Lo cual equivale a que los actos ejecutivos sean los que deban revelar por sí la resolución del agente; misma que se debe exteriorizar a través de ellos.

Cabe hacer una precisión con relación a esos actos ejecutivos cuando se trate del “autor mediato”. Porque en la autoría mediata es concebible que la conducta específica de la figura típica, al menos en su forma externa, se realice conforme a Derecho o por una persona sujeta a error de tipo, inimputable, inculpable o ajena a la aplicación del poder penal. El sujeto activo que realiza la conducta de la figura típica pone la condición principal para realizar el delito. Pero lo hace sin dolo, sin imputabilidad, conforme a Derecho o sin culpabilidad, o sin ser sujeto al que le sean aplicables las normas del Derecho Penal. Quien lo utilizó para que realizara la conducta al menos objetivamente típica como sujeto activo, también puso una “condición”. Pero lo hizo “dolosamente” y contra Derecho. Y será el único que puede ser penalmente responsable, a título de autor mediato.

En tal línea de pensamiento, los actos ejecutivos que realice el sujeto activo no-autor dominado por otro, en muchos casos sólo pueden tener una mera exteriorización material no dolosa, como sucede cuando actúa sin dolo. Dolo que sí tiene el mediato autor. Aún así, *es indudable que se debe dar la «univocidad» objetiva de la acción u omisión por parte del sujeto activo-no autor, dominadas por el autor mediato*. No será suficiente que el autor mediato inicie actos dirigidos a dominar los de otro con el fin de cometer el delito ya que faltaría la referencia de actos ejecutivos en el seno de la figura típica, que al menos en su aspecto objetivo supongan un inicio de ejecución de la conducta descrita en tal figura típica. En tal caso, el elemento subjetivo del dolo sólo existe en ese autor mediato. En tanto que el sujeto «de adelante» podrá actuar sin dolo, pero ese obrar, para que sea ejecutivo debe en su aspecto objetivo ser de tal suerte «unívoco”, que revele en sí y por sí la voluntad dolosa del mediato autor con relación al delito que éste se propuso.

También es claro que el dolo del agente es el mismo que el del delito que se pretende consumir. La doctrina y la jurisprudencia es casi unánime en aceptar que la tentativa implica la existencia plena y completa del elemento subjetivo propio del delito consumado. No hay “dolo de tentativa”; como tampoco cabe la “tentativa *culposa*”: Ya que la tentativa requiere que se emprenda la acción «con el fin o el objeto de consumir un delito», cual es el del tipo penal hacia el cual se dirige la acción ejecutiva. Como excepción notable a la corriente que niega la existencia de un “dolo de tentativa”, encontramos la opinión de Binding quien para demostrar que tal dolo es posible apeló a la hipótesis del autor que emprende la tentativa a *prueba*, para establecer la posibilidad de proseguir el delito hasta su consumación. (...) Como la prosecución de los actos hasta la consumación del delito —arguyó Binding— aparecería tan solo como un proyecto futuro. Puede darse, por ende, un puro “dolo de tentativa”. Así, Binding enunció el ejemplo de quien, queriendo causar la

muerte de otra persona mediante un envenenamiento crónico en varias dosis, encarga a un sirviente de la víctima, puesto al corriente del plan, que dé a su patrono, con el que va a emprender un viaje, una o dos veces una pequeña dosis de veneno.⁷⁸⁴ Petrocelli refutó el ejemplo de Binding como un caso de "dolo de tentativa". Pues observó que no es posible escapar a estas alternativas: (...) o se quiere propinar la pequeña dosis de veneno con el fin de producir solamente una perturbación que fuese índice suficiente (para la proyectada, pero todavía futura, acción homicida) de la potencia del veneno; y entonces aquí no existe sino un dolo de lesiones que, como tal, no se presta a entrar en comparación con el dolo de homicidio consumado. O, mas allá del fin, por así decir, experimental, se quiere dar encargo al sirviente, conocedor del fin definitivo, de que dé una o dos de las muchas dosis de veneno dirigidas al fin homicida, que luego no se alcanza, y en tal caso existe precisamente aquel dolo del homicidio en grado de tentativa, que es idéntico al dolo del homicidio consumado.⁷⁸⁵

De lege data la cuestión no presenta duda alguna. Los hechos se deben *"encaminar a la realización de un delito"*, según el artículo 12 del CPF y conforme al 20 del CPDF la voluntad debe estar en función de "la consumación" del delito. Y la conducta ejecutiva debe ser la exteriorización de la *"resolución de cometer un delito"*, conforme al artículo 32 del CPC. Lo cual revela que el comportamiento del agente es consecuencia de *su voluntad dirigida a la «consumación» del delito* que no se llega a producir precisamente por *causas ajenas a esa voluntad*. El querer tan solo *«intentar» un delito, pero no consumarlo*, es una conducta atípica y, por tanto, impune. De aquí que se niegue tal dolo para el agente provocador en los casos en que induce a otro a cometer un delito con el solo propósito de hacerlo caer en manos de la autoridad antes de que se consume el hecho y con la seguridad de lograrlo; pues independientemente del antijurídico obrar del inductor, en éste falta el dolo de consumación, indispensable para que se configure el delito en grado de tentativa.

Del corolario de identidad entre el elemento subjetivo —dolo— en el delito en grado de tentativa y en el del consumado, se deriva que para el delito en grado de tentativa son admisibles las mismas clases de dolo que para el delito consumado. Por ende, la tentativa admite no solo el dolo directo sino también el dolo eventual. Así, si el agente tiene ya la resolución de robar algo y se reserva para más tarde la elección del objeto en particular, los actos ejecutivos que inicia en tal sentido se deberán considerar ya como verdadera tentativa. Diferente es el supuesto de la llamada "resolución condicional" de realizar actos de ejecución, en donde el autor se reserva la decisión de iniciar la acción ejecutiva. Porque en tales hipótesis no se da todavía el dolo eventual y tampoco existen actos ejecutivos. Vg., el agente entra al banco sin aún decidirse a robar y solo para ver sus condiciones de seguridad y así persuadirse a sí mismo de la conveniencia de efectuar el latrocinio en un futuro.

Finalmente, como ya lo indiqué, es imposible la configuración de la tentativa en los delitos culposos, pues estos se caracterizan por la ausencia de voluntad de contenido típico —salvo circunstancias de excepción (error en el golpe o el resultado respecto al delito que queda en grado de tentativa) que no pertenecen propiamente al tipo penal culposo— la cual es imprescindible en la tentativa de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 36 del CPC.

Pero será aún insuficiente el dolo y la «univocidad» de la conducta para que al comportamiento se le estime de naturaleza ejecutiva. Es decir, la «univocidad» no es ejecución, sino uno de los elementos del proceso de

⁷⁸⁴ Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, reimpresión 1978, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1978, T. II, p. 125.

⁷⁸⁵ Cfr. Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T II, p. 128.

ejecución. Si nos detuviéramos en el puro concepto de la «unívocidad» objetiva y subjetiva, caeríamos en el error de pretender punir por el propósito de delinquir a través de actos unívocos, sin que la exteriorización de actos ponga en peligro al bien penalmente tutelado del delito que se quería consumir.

De aquí que sea preciso tener presente que en nuestro Derecho Penal el principio de ejecución se constituye tan por la «unívocidad» como por la «idoneidad» de la conducta. Por ende, si falta cualquiera de estas condiciones no se puede hablar de proceso ejecutivo como verdadero elemento objetivo de la tentativa. La «idoneidad» de la acción ejecutiva en el delito en grado de tentativa implica la objetiva y concreta probabilidad que tiene aquella de lesionar el bien jurídico protegido según el plan del autor. Es decir, será necesario atender a la aptitud concreta que tuvo la conducta para crear el específico estado de peligro para el bien tutelado por el tipo penal del delito hacia el cual se dirigía.

Tratándose del delito en grado de tentativa, la acción u omisión serán «idóneas» cuando en un juicio ex-ante y conforme al plan del autor generen el riesgo de lesión al bien jurídico. O dicho de otro modo, cuando en un juicio ex-ante ajustado a los conocimientos del autor, el curso de la acción implique en el caso particular una situación de peligro concreto en dirección a la lesión del bien jurídico. De aquí que para precisar la idoneidad de la conducta, sea necesario atender al riesgo de daño al bien jurídico que aquella generó según el plan del autor y mediante dicho juicio ex-ante. O a la aptitud concreta que aquella tuvo conforme al plan del autor para crear un específico estado de peligro para el bien tutelado por el tipo penal del delito hacia el cual se dirigía la conducta.

Para determinar la «idoneidad» de la conducta es preciso que en un juicio ex-ante y según las particularidades del caso —complementadas con los conocimientos especiales del agente si fuere el caso—, el comportamiento que se exteriorice a través de cierto medio que suponga ya un peligro —o riesgo— real de que se dañe el bien jurídico que el tipo penal protege. De este modo, la tentativa no se actualiza si en la perspectiva de tal juicio ex-ante falta esa realidad del peligro o riesgo concreto de daño al bien jurídico por parte de la acción. Mismo que corresponde formular a un observador imparcial según la naturaleza del comportamiento y su conexión íntima y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, por los cuales se revele que la acción al momento de realizarse era concretamente peligrosa —riesgosa— para el bien jurídico; al menos que incorrectamente se quiera punir sin que haya el peligro al bien jurídico como elemento esencial del tipo penal, en este caso, del delito en grado de tentativa. Y aún cuando el juicio de tal peligro debe hacerse ex-ante, el que éste deba ajustarse a las circunstancias conocidas del autor, ello en nada quita la exigencia de la posibilidad real del daño en el caso concreto según aquellos conocimientos que se involucra en el juicio ex-ante del observador imparcial para decidir tal idoneidad. Con ello se supera, por una parte, la crítica de que toda tentativa apareja la inidoneidad de la acción para consumir el delito, porque en un juicio ex-post de la acción, toda tentativa en realidad llevaría a esa conclusión. Y el juicio ex-ante asimismo evita la intolerable impunidad que se daría porque en un juicio ex-post resulte que desde antes no era posible el daño del bien según circunstancias extraordinarias. De aquí que sea punible como homicidio en grado de tentativa disparar reiteradamente contra el pecho de una persona que dentro de la chamarra viste un chaleco anti-balas que el autor no sabe que porta o cuando se dispara contra alguien que por poca distancia esté fuera del alcance del proyectil. Pero por la otra, se evita que se pongan a cargo del agente acciones que —nomo-lógicamente— en sí mismas o por el medio empleado en el caso concreto no pueden ser peligrosas de ningún modo o cuando la falta de peligro se debe a un cálculo grosero o superficial del agente acerca de la posibilidad de consumir el delito en tales circunstancias que desde antes permiten asumir la imposibilidad absoluta de dicho peligro o cuando aquella es motivada por supersticiones o creencias similares. Y es que por definición propia de la tentativa punible, el plan del autor nunca alcanza su objetivo. La acción según el medio empleado puede ser más o menos errónea en el

cálculo de la causalidad para consumar el delito y mientras más erróneo sea el medio más apartada de la realidad estará la acción. De aquí que en éste punto se plantee la interrogante de si la perspectiva determinante será la realidad o la representación del autor. Sin embargo el peligro del bien que involucra una acción "idónea" no puede ser un peligro imaginario sino real. Mismo que sólo puede darse con base en lo que realmente hacía el autor en función de generar dicho peligro para el bien. Bien dice Zaffaroni que "si alguien creó que está comenzando a engañar a quien no entiende lo que dice porque no comprende la lengua en que le habla, sólo en su imaginación comienza a estafar, inversamente, si antes de comenzar a engañarlo entabla una conversación banal y el otro comienza a imaginarse lo que aún no le dijo, tampoco habrá tentativa, pese al peligro real, porque en la representación del autor y conforme a su plan no comenzó a engañar. No se trata de escoger entre un criterio objetivo y otro subjetivo, sino de relevar típicamente la conducta en la medida en que ellos coincidan y, por ende, no cargar al agente con un peligro imaginario ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real y por él conocido".⁷⁶⁶ Y es que hay que volver a recordar que la acción se debe "encaminar a la realización de un delito", según el artículo 12 del CPF y conforme al 20 del CPDF la voluntad debe estar en función de "la consumación" del delito. Y la conducta ejecutiva debe ser la exteriorización de la "resolución de cometer un delito", conforme al artículo 32 del CPC. Sin embargo, sí cabe precisar que el que se tome en cuenta el dato subjetivo —plan del autor— tampoco querrá decir que al peligro se le vuelve subjetivo, dado que su naturaleza se valora ex-ante, por un tercero imparcial según los parámetros antes dichos por los que conforme a la naturaleza del comportamiento y su conexión íntima y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, se revele que la acción al momento de realizarse era concretamente peligrosa para el bien jurídico. De allí que, como el mismo Zaffaroni precisa, "la tentativa comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión del bien jurídico (*comienzo de realización del tipo del delito*) según el plan concreto del autor".⁷⁶⁷ El disparar reiteradamente contra el pecho de una persona es una acción idónea para matarla en un juicio ex-ante, aunque la persona traiga un chaleco de balas si el que el agente ignora esa circunstancia; como también será acción idónea el colocar en el vaso de agua de la víctima una sustancia que usualmente es inocua, si es que el agente sabe de cierta condición excepcional de la víctima por la cual ingerir aquella sustancia le será mortal.

— IV —
Las tentativas aparentes y el delito imposible

Todo esto nos lleva al problema de las tentativas aparentes y del delito imposible. Porque tan las unas como el otro no son tentativa punible. El punto esencial de distinción entre el llamado delito imposible y la tentativa con relieve típico penal radica en el grado de idoneidad de la acción o del curso peligroso para el bien según la acción —ajustada a la valoración ex-ante del caso concreto. Ya que hay que tener presente que ninguna de las acciones de tentativa son idóneas a la consumación del delito, pues aquellas por definición —legal y lógica— no lo consuman. A esa objeción se le ha replicado que si bien es verdad que toda tentativa apareja una acción inidónea, en la tentativa sólo se regulan acciones que son relativamente inidóneas pues quedan fuera del tipo aquellas acciones absolutamente inidóneas. El problema ahora, pues, es determinar ¿qué grado de idoneidad

⁷⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 792 y 793.

⁷⁶⁷ Idem., op. cit., p. 793.

es el propio de la tentativa?, o mejor dicho, ¿qué grado de idoneidad relativa sería el admisible para que todavía se pueda seguir hablando de tentativa punible? Para despejar un poco el problema es conveniente primero apartar del ámbito de las tentativas punibles las que sólo sean aparentes —donde directamente no hay tentativa—. Ellas se darán cuando en el caso concreto ya falte ab-initio algún elemento del tipo objetivo sistemático según el delito propuesto que se inconsuma por causa ajena a la voluntad del agente: como lo puede ser la vida humana (bien jurídico) en el homicidio respecto del cadáver de una persona que se creó viva; la ajeneidad de la cosa de la ya se es propietario o se tiene derecho a disponer de ella, en el robo; o cuando se creó yacer con la mujer ajena cuando en realidad se trata de la propia (esposa) en el adulterio; al igual que cuando se creó ser servidor público sin serlo en realidad, en el ejercicio indebido de funciones. En todos esos eventos la tentativa es sólo aparente, o dicho de otro modo el delito es de imposible consumación, porque en el caso concreto no existen los elementos objetivos del tipo a cuya consumación se dirigía la acción y en realidad, aquellos sólo estaban en la mente del autor. Y asimismo, en virtud de aquellas fallas objetivas de antemano era imposible algún curso peligroso de la acción con relación al bien protegido. Sin embargo, no es ocioso apuntar que esa solución no es pacífica. Zaffaroni da cuenta de la tesis subjetivista de los tribunales alemanes, en un principio alimentada particularmente por von Buri —y apoyada ahora por Jakobs⁷⁹⁸ y un sector importante de la doctrina alemana—, que pretende basarse en una falsa asimetría que da pie a una justicia aberrante de acuerdo con el siguiente lema: "Así como toda ignorancia de toda característica del tipo excluye el dolo, toda falsa suposición de una característica del tipo debe fundar el dolo". Frente a esa postura Zaffaroni puntualiza: "La simetría no es verdadera, puesto lo que pretende fundar no es el dolo sino la tipicidad objetiva, sin la cual no puede preguntarse si hay dolo; puesto que jamás... [será]... posible asentarlo sobre ningún elemento objetivo que, por definición, no existe".⁷⁹⁹ La semejanza de estas tentativas aparentes con el delito putativo es evidente, con la salvedad que en el delito putativo la imposibilidad está dada por la falsa creencia de que una conducta está penalmente prohibida sin estarlo. Más así como se admite de consuno que la representación como delito de una conducta que no está prevista como delito no puede fundar un injusto, hay la misma razón para sostener que no se puede fundar la tipicidad de un hecho que solo existe en la imaginación del autor. Pues también serán casos de tentativa aparente cuando el medio que se emplea para cometer el delito es desde antes absolutamente inidóneo para colocar en peligro al bien jurídico, como cuando alguien quiere herir con un puñal que es de hule, o creó activar una bomba cuando sólo activa un despertador, cuando creó que vierte veneno en el vaso de la futura víctima cuando en realidad es azúcar, porque ahí aunque se haya valorado correctamente la idoneidad del medio en cuanto a que se creía que era un puñal, una bomba y un veneno, la realidad objetiva era otra muy diferente de tal modo que la persona en realidad sólo tuvo la ilusión de emplear aquellos medios cuya falta en la realidad predeterminaba la imposibilidad de una acción peligrosa para el bien jurídico. Así como también caben como tentativas no punibles todos aquellos casos de superstición y de cálculos groseros, que en sí mismos carecen de la capacidad de revelarse a través de medios idóneos: como sería intentar dar muerte al enemigo pinchando alfileres en la foto de éste o incluso disparándole desde un lugar en el cual era imposible lesionarlo. Distinta será la consideración, empero, cuando

⁷⁹⁸ Günter Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones y Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 328 y ss.

⁷⁹⁹ Idem., Eugenio Raúl Zaffaroni, ... op. cit., p. 798.

a la víctima que va en carro se le persigue muy de cerca con otro vehículo en movimiento y fuera de la ventanilla el conductor dirige su arma hacia donde aquella se halla disparándole con arma de grueso calibre en esas circunstancias varias veces, porque es claro que desde el momento que quedan precisados esos datos, ellos mismos revelan la idoneidad del medio para matar.

Ahora bien, en el artículo 39 del CPC se «equipara» a la figura típica en grado de tentativa cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza por realizar una conducta «unívoca» de ejecución, pero sin que necesariamente sea «idónea» en el sentido antes dicho; esto es, sin que ponga en peligro concreto al bien jurídico que se pretende dañar. Tal figura estipula que: *“... el bien jurídico se debe encontrar en condiciones de que se le lesione, pero el delito no se consuma por error en la idoneidad de los medios empleados; o porque el bien jurídico u objeto, existente, pudo estar en el lugar y la ocasión que con relación a aquél motivan la conducta”*. En estos casos se debe reconocer que el peligro al bien jurídico no es concreto, sino que es potencial. Aunque de todas suertes, tal peligro debe constar en virtud de que el bien jurídico u objeto existente sí debieron estar en condiciones de que se les lesione o bien sí pudieron estar en el lugar y la ocasión que motivaron la ejecución de la conducta. Y por lo tanto, que de no haber errado el sujeto en el medio o de haber estado ahí el titular del bien o el objeto, el bien jurídico se habría dañado con esa conducta ejecutiva. El peligro pues, en vez de ser concreto o incrementado, es un peligro potencial pero real en cuanto la acción de no mediar el error sí hubiese tenido la capacidad de producir el resultado y el cual según el plan del autor se habría dado porque contaba alcanzar el objeto o dañar el bien, existentes, pero respecto de los cuales la ley también introduce un correctivo “ex-post”, en cuanto se tendrá que verificar el contexto por el cual el activo erró en la idoneidad del medio aunque el bien el bien jurídico u objeto existente sí hubiese estado en condiciones de ser afectado; o bien porque el bien jurídico o objeto “sí pudieron estar en el lugar y la ocasión que motivaron la ejecución de la conducta”. De aquí que sería incorrecto estimar que tal previsión legal sancione por la peligrosidad del sujeto y no por la del acto ayuno de riesgo al bien jurídico. Por ello, tal figura típica que se equipara al delito en grado de tentativa no admite al delito de consumación imposible: Como el disparar contra un cadáver creyendo viva a la persona. Como tampoco habrá tentativa equiparada, según el mismo artículo 39 del CPC, cuando el error en la idoneidad del medio se deba a superstición o motivo similar en el que sea grosera la apreciación de la supuesta idoneidad del medio o resulte ser de la misma índole el cálculo de su potencialidad causal, esto es, de iniciar un curso peligroso de la acción. En tales casos es claro que incluso el peligro potencial es imposible. Como igual tal peligro será insostenible cuando en el caso concreto no exista el bien jurídico. Así mismo, tampoco se configura la tentativa equiparada —y menos la tentativa simple— en los supuestos de un agente «provocador» —el cual a la vez puede ser un agente de policía «encubierto»—: que induce el error a propósito para atrapar al incauto al momento que inicie la ejecución. Ya que en esos casos es igual de claro que desde antes se impide el peligro al bien protegido. Tal peligro ni siquiera sería potencial. Simplemente no existe. Diferente es el supuesto de cuando el error se provoca después de iniciarse la ejecución para frenar la consumación del delito o detener al agente. Por ejemplo, se simula pagar lo que pide el extorsionador, para detenerlo antes de que tome el dinero o inmediatamente después de ello.⁷⁰⁰ Pues en

⁷⁰⁰ En el CPC se concibe al delito de extorsión como delito de resultado.

esos casos ya se originó el peligro al bien protegido por el extorsionador y el agente provocador interviene después de que esa persona —a la cual induce a error— ya inició el proceso ejecutivo. Por lo tanto, aunque la conducta del ejecutor es típica, la intervención del agente provocador es atípica, al ser posterior al inicio de esa acción ejecutiva que ya generó el peligro y que aquél no contribuyó a causar; y, además, porque el delito se inconsuma por la voluntad del propio agente provocador. Es decir, el agente no participó en la ejecución o al inicio de ella, ni originó el peligro de daño que él mismo frena. Igualmente —como ya se dijo— hay causa de insubsunción típica respecto del elemento negativo con relación al agente provocador, porque —al menos en algunos de esos casos— el delito se inconsuma por su propia voluntad y no por causa ajena a ella.

— V —

El elemento negativo de la tentativa

La tentativa requiere de un elemento negativo para que se tipifique penalmente. Pues dentro de las fórmulas de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, el requisito sine qua non para la configuración de la tentativa es la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Es obvio, que en prelación lógica a la inconsumación no querida por el agente, ya debe haber inicio del proceso ejecutivo, a través de los actos idóneos y unívocos por los que se exterioriza la resolución criminal. Y es una vez que se inicia la ejecución o se realizan todos los actos u omisiones que debieran producir el resultado, es cuando sobreviene o concurre una causa ajena a la voluntad del activo que interrumpe el proceso ejecutivo o impide la verificación del resultado.

En el primer caso, cuando se interrumpe el proceso ejecutivo por causa ajena a la voluntad del agente, se está frente a la tentativa inacabada. En el segundo caso, cuando se agota el proceso ejecutivo pero el resultado no se produce en virtud de causa ajena a la voluntad del agente, se está frente a la tentativa acabada. En una y otra hipótesis se presupone que la acción ejecutiva dolosa del autor se dio antes del momento en que se evidencia la causa impidente de la consumación; y en nada empece el que el autor luego desista o se arrepienta, no sólo cuando la posibilidad de inconsumación “ya se le haya ido de las manos”, esto es, de tal modo que aquél ya no pueda impedirla, como también cuando la causa impidente, ajena a su voluntad, realmente o en la perspectiva del agente, aquella constituyó obstáculo cuya superación requería de medios superiores a los empleados por él como idóneos para lograr el resultado. Lo anterior viene a cuentas porque —como veremos más adelante—, si los obstáculos a la consumación eran *ordinariamente* superables con los mismos medios o línea de conducta ejecutiva asumida por el agente y no obstante lo anterior, por decisión libre aquél interrumpe el proceso ejecutivo o impide el resultado, ya opera su voluntad como verdadera causa impidente de la consumación sin que, por ello, se pueda dar la adecuación típica en la norma de la tentativa. La que, como tal, exige que la «inconsumación» sea *por causas ajenas a la voluntad del agente*.⁷⁹¹

De aquí que cuando el delito no se consuma por la voluntad del agente se excluya el elemento «negativo» impidiendo que a la tentativa se tipifique penalmente. Por ende, si el mismo agente debiere la ejecución o impide el resultado por decisión libre cuando cree aun poder consumarlo, el delito se deja de dar debido a la voluntad de aquél. Lo cual se convierte en causa de «inadecuación típica» del delito mismo en grado de tentativa.

⁷⁹¹ Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, pp. 232 y ss.

¿Cambia la situación cuando son varios los que intervienen en el delito en grado de tentativa y sólo alguno o algunos desisten o se arrepienten? Un sector de la doctrina —al que me adhiero— se inclina porque dicha causa de inadecuación típica sólo beneficie a los autores o partícipes que libremente desistan o se arrepientan. Sin que se deba favorecer a quienes no se desistieron o arrepintieron. Se arguye que para éstos subsiste la condición negativa de la inconsumación del delito por causas «ajenas a su voluntad»; además de que la ejecución ya se inició y con ello se cumple con el principio de accesoriad mínima: En el sentido de que el delito debe al menos quedar en grado de tentativa para que la conducta sea punible. A mayor abundamiento, el motivo de inadecuación típica que consiste en la «inconsumación» *"debida a la misma voluntad del agente"* es preponderantemente subjetivo y, por lo tanto, es incommunicable, pues sólo beneficia a quienes actúen bajo tal razón. No es óbice el argumento contrario: de que en virtud del carácter accesorio que tienen las conductas de los partícipes con relación a la del autor material, si es éste quien desiste o impide la consumación, la conducta sería atípica con relación a los demás partícipes. Porque esa tesis pasa por alto que el principio de accesoriad se cumple cuando la ejecución se inicia. Por ello la significación típica del hecho subsiste si al desistir el autor del delito cuya ejecución ya inició, éste se inconsuma por causa ajena a la voluntad de los partícipes. En realidad, el desistimiento del autor sería válido con relación a los demás partícipes, sólo cuando el mismo autor se abstenga de iniciar la ejecución. Pero el motivo de la inadecuación típica es aquí distinto, en tanto ni siquiera se inició la ejecución del delito por el mismo autor. Y, por ende, faltó la base para que las conductas accesorias también adquirieran relieve típico. Así parecen sostenerlo Delitala y Vannini ⁷⁹² quienes recuerdan que la tesis de la accesoriad limitada parte de una premisa "fundamental", la adecuación típica y la calificación antijurídica de la acción. De lo cual se sigue que si no existe una previa *adecuación típica* de la conducta del autor a los moldes del tipo penal del delito aplicable, no existe base para imputar a los partícipes los hechos —que ni siquiera tienen el carácter de típicos—. Tal premisa fundamental en las reglas de la participación delictiva es unánimemente reconocida en la doctrina y la jurisprudencia. El propio Pavón Vasconcelos lo expresa así, cuando en su "Manual" —aunque con una postura causalista— concluye: (...) la conexión del partícipe con la conducta del autor ejecutante hemos de hallarla, necesariamente, en una accesoriad limitada, en cuanto basta, en nuestro Código, la calificación delictuosa del hecho, cometido en forma principal por el autor material, estructurada desde un punto de vista puramente objetivo y sin tomar en cuenta la concurrencia en él del dolo o de la culpa.⁷⁹³

Todo ello lleva al problema de la coparticipación en el delito en grado de tentativa. Ella es perfectamente posible. Lo imposible es la tentativa de coparticipación. Pues los actos de los partícipes distintos al autor sólo pueden ser penalmente relevantes cuando se inicia la ejecución del delito por el autor o coautores, pero no antes de ella. Por otra parte, la inconsumación del delito por causa de la voluntad del agente, sólo beneficia en quien concurre la *causa subjetiva de atipicidad*: Por encontrarse aquella inconsumación en directa relación inversa al requisito típico de la propia tentativa, el que se configura cuando el delito no se consuma "por causa ajena a la voluntad del agente". El criterio de Mezger —respecto al Derecho Alemán— difiere solo en parte de

⁷⁹² Citados por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourillo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, pp. 106 y ss.

⁷⁹³ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 442.

lo que aquí se sostiene. Lo cual es explicable dado que él siguió la tesis clásica-normativista y el finalismo estaba apenas en el inicio de su desarrollo. Él indica que: (...) el desistimiento del autor no beneficia a los participantes, por su naturaleza de causa de supresión de la pena. La que produce un efecto puramente personal, de tal manera que el participante puede procurarse la impunidad en virtud de su propio desistimiento o evitando el resultado.⁷⁶⁴

Mas cabe aquí precisar que si bien es cierto que las causas "personales" de exclusión de la pena son "incomunicables" y sólo benefician en quien concurren. También lo es, que es discutible que el desistimiento o el arrepentimiento en la tentativa sean causas de exclusión de la pena. Pues si esas causas de exclusión presuponen la configuración del delito en todos sus elementos, salvo la punibilidad. No sucede lo mismo con el desistimiento o el arrepentimiento eficaz en la tentativa. Los que operan más propiamente como una causa de «insubsunción» o «inadecuación» típica de la conducta del agente; en vez de un motivo que sólo excluya la punibilidad. Habida cuenta que —a la luz de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC— el tipo de la tentativa punible sólo entra en función cuando la ejecución se interrumpe o se impide la consumación del delito "por causas ajenas a la voluntad del agente". Lo cual es obvio que no acontece cuando es el propio agente quien, en forma espontánea, se desiste o bien él impide la consumación. Se da así, en prelación lógica, antes de una causa de exclusión de la pena, una causa de «inadecuación típica» con relación al agente que desiste o se arrepiente. Es decir, existe causa de atipicidad. Así lo reconoce Pavón Vasconcelos, quien en su obra "La Tentativa" afirma que: (...) la impunidad en tales casos, de los hechos ejecutados, surge como una clara forma de atipicidad y el mismo precepto —artículo 12 del CPF— impide la conformación de los elementos de la tentativa punible, siendo ésta inexistente al no producirse el resultado por causas derivadas de la espontánea voluntad del agente.⁷⁶⁵ En su misma monografía el distinguido maestro considera que: (...) el desistimiento del autor principal no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes hayan verificado actos ejecutivos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor.⁷⁶⁶ Y funda tal conclusión porque: (...) para el partícipe no hay atipicidad en sus actos, pues la inconsumación del evento ha sido debida a causas ajenas a su voluntad, satisfaciéndose así todos los extremos del artículo 12 con relación a la especial situación de que se trata, regulada por el artículo 13 del CPF.⁷⁶⁷ Quizá al maestro Pavón solo le faltó enfatizar, que en esos casos, si ya se inició la ejecución o se agotó la misma para causar el resultado que aún no se da, es claro entonces que el principio de accesoriedad sí se cumple desde que se inicia la ejecución por el autor. Por lo tanto, la significación típica del hecho subsiste para el autor o partícipe que no se desiste o no se arrepiente, en tanto que para ellos el delito se inconsuma por causa ajena a su voluntad. Sin que quepa ampararlos con una causa de inadecuación típica que es prevalentemente subjetiva y que, por ello, sólo beneficia a quien actúa con motivo de ella.

⁷⁶⁴ Cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, primera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1972, T. I, pp. 260 y ss.

⁷⁶⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *La Tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 108.

⁷⁶⁶ Idem, *La Tentativa*, p. 110.

⁷⁶⁷ Idem, pp. 108 y ss.

El desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa

Lo expuesto nos lleva de la mano a una cuestión de capital importancia. Pues si la norma típica de la tentativa punible exige la inconsumación del delito propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente. Por consiguiente:

Cuando la persona desiste espontáneamente del delito durante su ejecución o impide su consumación, existirá una causa de *inadecuación típica* por incumplirse el último elemento negativo de la tentativa —mismo que prevén de manera expresa los artículos 12 del CPF, 21 del CPDF y 39 del CPC—. Es decir, no se dará el último elemento negativo de la tentativa en virtud de que el delito se inconsuma por la misma voluntad del agente en tal sentido. La cual surge después de que se inicia la ejecución y en sentido inverso al de la voluntad original del agente de consumir el delito propuesto.

En efecto, los artículos 12-párrafo-tercero del CPF y 21 del CPDF señalan que:

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Por su parte, el artículo 39 del CPC establece que

"Ninguna sanción se impondrá al autor o partícipe que al conocer o creer que aún puede consumir el delito, desiste de la conducta que inició o impide la consumación de aquél. A menos que los actos u omisión por sí mismos constituyan delito, en cuyo caso se le impondrán las sanciones de éste."

La doctrina es coincidente en señalar que cuando existe desistimiento o arrepentimiento eficaz —«retorno»— una sana política criminal recomienda la no-punición. Habida cuenta que de esta manera se invita al agente a no consumir el delito. Con lo que se consigue una mejor salvaguardia del bien jurídico tutelado —realizándose así el principio de intervención mínima del poder punitivo—. Así mismo, en pureza técnica en la tentativa se debe distinguir el "desistimiento" del "arrepentimiento eficaz". Esta distinción obedece a dos momentos del proceso ejecutivo en los que la tentativa se puede integrar y manifestarse la decisión de retorno. El primero: cuando está en marcha el proceso ejecutivo del delito. El segundo, cuando ya se realizaron todos los actos u omisiones de ejecución; es decir, cuando el proceso ejecutivo ya se completó pero todavía está por darse el resultado. En el primer supuesto estamos frente a la tentativa "inacabada". En el segundo frente a la tentativa "acabada" o frustración. En sentido estricto, el «desistimiento» opera en la tentativa "inacabada". Consistiendo, como dice Pavón Vasconcelos, en la (...) interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado.⁷⁹⁸ En tanto que en la tentativa "acabada" puede funcionar un "arrepentimiento eficaz". Cual es —siguiendo a Pavón Vasconcelos—: (...) la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado.⁷⁹⁹

En tal orden de ideas, existirá "desistimiento" cuando la ejecución del delito se interrumpe de manera espontánea por el agente; o habrá "arrepentimiento eficaz" cuando realizados todos los actos u omisiones que debieran producir el resultado, éste no se origina por intervenir el agente impidiendo su verificación. En uno y otro caso se frena la

⁷⁹⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *La Tentativa*, op. cit., p. 98.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, op. cit., p.113.

consumación del delito y ambos supuestos operan como causas de inadecuación típica que vuelven impune a la tentativa con relación a quien se desistió o arrepintió.

No resulta ocioso destacar que de lo que se desiste el agente es de un verdadero delito en grado de tentativa. Pues como acertadamente destaca Soler: (...) Plantearse el problema del desistimiento antes de resolver afirmativamente que existe principio de ejecución, puede llevar a situaciones insolubles. Si, avisada la policía de que se producirá un asalto, se presenta en el lugar, y los ladrones, al darse cuenta de que hay vigilancia, después de rondar (acto preparatorio) se retiran, no hay desistimiento (que no sería espontáneo), porque ni siquiera hubo comienzo de ejecución. La función preventiva ha logrado pleno éxito.⁶⁰⁰ Tal es el caso resuelto por la Primera Sala de la SCJN que a continuación se expone:

TENTATIVA (VERACRUZ). El artículo 10 del Código Penal de Veracruz, establece que es sancionable la tentativa, cuando se ejecutan hechos directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por tanto, si el inculpaado ejecutó actos consistentes en observar los movimientos que se operaban en la negociación que pretendía robar y como vio que no podía realizar el delito sin peligro, desistió de su propósito, al no efectuarse el robo por su propia voluntad, evidentemente no se configura la tentativa.⁶⁰¹

Empero, en la ejecutoria transcrita al parecer se incurrió en el error que Soler trata de prevenir. Pues en el caso de dicha ejecutoria en realidad no hay tentativa porque falta el elemento objetivo del "proceso ejecutivo"; y no porque fuere válido el desistimiento, que no lo es cuando la imposibilidad representada por los agentes es respecto a la consumación. (...) Tampoco en realidad existe "desistimiento" —señaló Welzel— si de pronto el autor obtiene o cree poder obtener, sin ulteriores actividades punibles concretamente elegidas, el fin que intentaba conseguir de modo punible.⁶⁰² Falta en tales casos una nueva voluntad en sentido contrario a la consumación. Por ejemplo, en una violación, la mujer, sobrecogida por el temor, cesa en su resistencia y permite el yacimiento que se llega a efectuar sin el uso de la violencia física inicialmente ejercida. En el caso expuesto existirá delito consumado, a menos que el agente no llegase a la cópula aún pudiendo hacerlo, pues entonces si existirá desistimiento voluntario, independientemente del relieve moral, amoral o inmoral del motivo que determine el desistimiento del agresor. Podrá preguntarse el lector: ¿Qué sucede en el caso del agresor impotente que por tal motivo no consuma la cópula? En tal caso, debido a la absoluta inidoneidad del medio, faltará el peligro al bien protegido que motiva la atipicidad del evento. Y asimismo se podrá preguntar el lector: ¿Qué sucede si al ceder la mujer sobrecogida por el temor, el agente, ya sin ejercer violencia, continúa hasta la cópula con la falsa creencia que la mujer siempre sí la aceptó de propia voluntad? De todas suertes habría al menos violación en grado de tentativa.

Ahora bien, se sostiene que el «desistimiento» consiste normalmente en una omisión: la abstención de continuar el proceso ejecutivo que se inició; es decir, de no practicar los restantes actos ejecutivos que todavía eran precisos para que el delito se consumara. Sin embargo, siguiendo a Vannini, el desistimiento puede plasmarse también en una actividad positiva. La que se dirige a frenar o neutralizar la eficacia de los actos ejecutivos ya realizados. Tales son los casos siguientes: 1. En los delitos de comisión por omisión la conducta ejecutiva se integra con un comportamiento omisivo dirigido unívocamente a la idónea producción del

⁶⁰⁰ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. II, pp. 234 y 235.

⁶⁰¹ SCJN, Primera Sala, *Informe 1970*, S. J. F., p. 52, Amparo Directo 91/1981, Agustín Navarro Posadas, abril 17 de 1970, unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Ezequiel Bugarín Ferrera. Srto. Juan Lara Domínguez.

⁶⁰² Welzel, H. *Das Deutsche Strafrecht*, p. 177, citado por Juan Córdoba Roca y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. I, p. 137.

resultado; por lo que el impedir éste, requeriría de un acto positivo, como sería el caso de ministrar voluntaria y espontáneamente los alimentos al hijo que, antes, con el designio de hacerlo morir, se le habían dejado de proveer. 2. En los casos de autoría mediata o por el uso de mecanismos —autoría directa— donde el inculpable o el instrumento activado constituyen tan solo *longa manus* del autor. De tal guisa que cuando el proceso ejecutivo está en marcha, el propio autor interviene positivamente para detener la ejecución y evitar así la producción del evento típico. Y finalmente: 3. En la coparticipación en el delito, cuando el partícipe instigador logra luego, tras su voluntaria renuncia al delito propuesto, disuadir al autor material para que ya no continúe con el proceso ejecutivo que ya inició. Empero, en estos supuestos, como Maurach lo precisa: (...) lo que no puede estimarse suficiente es el simple "no querer participar más". Quien en su fuero interno se aparta del acontecimiento, pero da libre curso a los sucesos en los que había cooperado, no desiste.⁸⁹³

No obstante lo expuesto, cabe aclarar que no resultaría válido fijar la distinción entre "desistimiento" y "arrepentimiento" sólo con base en la forma omisiva o positiva de la conducta del autor para que el delito se inconsume. Pues ya vimos que en el desistimiento tan puede operar la forma activa como la omisiva. Por lo que el *quid* de diferenciación estriba en el *punto de incidencia del retorno durante el iter criminis*. El "desistimiento" opera antes de que se den todos los actos que completarían la ejecución, impidiendo así que se agote el periplo ejecutivo. Por lo que el "desistimiento" es propio de la tentativa inacabada. Mientras que el "arrepentimiento" supone una intervención posterior al proceso ejecutivo e impide el resultado. Y por lo tanto el "arrepentimiento" concierne a la tentativa acabada. En tales extremos, el «desistimiento» puede operar tan en los delitos de conducta como en los de resultado. Mientras el «arrepentimiento» sólo tiene cabida en éstos últimos. Dice Vannini: (...) constituye «arrepentimiento» activo suministrar un antídoto a la víctima envenenada; y «desistimiento» el arrebatarse de las manos de la víctima la copa en la que se contiene el veneno.⁸⁹⁴

Por lo que toca al «arrepentimiento», como ya se realizaron todos los actos que debieran producir el resultado, tal retorno implica una posterior conducta activa que ponga en marcha las fuerzas o factores que impidan la verificación del resultado. Claro es que la actividad que impide la consumación puede ser "propia" del agente o bien ser oriunda de éste, cual es el caso en que él moviliza bomberos o médicos para evitar la consumación del hecho típico. Sin que ello empiece para que, si acaso la ejecución ya se resolvió en lo que sería un delito tránsito, por ejemplo lesiones, a efecto de así poder consumar el delito propuesto, que en el ejemplo sería el homicidio, el desistimiento o el arrepentimiento aunque válidos para impedir la tipicidad de la tentativa de homicidio, aquellos dejan intocada la tipificación de las lesiones como delito consumado, en tanto que el mismo agente las quiso o aceptó y las produjo como medio necesario para consumar el delito propuesto.

Por otra parte, salta a la vista la similitud y la diferencia de los textos entre las formulas del CPF y el CPDF y la del CPC que regulan el retorno. Por un lado, los tres códigos coinciden en que para el «arrepentimiento» —que presupone a la tentativa acabada— es suficiente con que el sujeto "impida el resultado o "la consumación del delito". Por el otro, el CPF y el CPDF condicionan el «desistimiento» —que presupone a la tentativa

⁸⁹³ Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., T. I, p. 203.
⁸⁹⁴ "El Problema", p. 138 y ss., citado por Mariano Jiménez Huerta en op. cit., T. I, p. 204.

inacabada— a su "espontaneidad"; en tanto el CPC dice que tan el «desistimiento» como el "arrepentimiento" sólo se dan cuando el agente toma tal decisión si "conoce o cree que aún puede consumir el delito".

Con relación al «desistimiento» —que se da en la tentativa inacabada—: ¿Cuándo debe entenderse que aquel es "espontáneo" según la expresión de los artículos 12-párrafo-tercero del CPF y 21 del CPDF? Y en Coahuila: ¿Cómo opera el «desistimiento» o el «arrepentimiento» condicionados a cuando el agente «sepa o crea que aún pueda consumir el delito»? Con relación al «arrepentimiento» —que se da en la tentativa acabada—: ¿Qué se debe entender por "impedir" la consumación del delito?

Antes de responder esas preguntas, es de repetir que la cesación del proceso ejecutivo determina —por expresa disposición de la ley— la inadecuación típica de los actos de la tentativa; siempre y cuando el agente voluntariamente interrumpa la ejecución (desistimiento) o impida el resultado (arrepentimiento.) Respecto al tenor de la legislación penal federal y distrital (artículos 12 y 20, respectivamente), de consuno se admite hoy que el desistir de manera voluntaria de los actos de ejecución del delito, o bien, intervenir eficazmente después de los actos ejecutivos y evitar la consumación delictiva, son causas de *inadecuación típica*; habida cuenta que no se puede afirmar la tipicidad de la tentativa si el propio dispositivo legal que le contempla exige que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. Lo mismo se puede afirmar con relación a la legislación de Coahuila pues el artículo 38 del Código Penal establece también dicho elemento. De todo lo cual se seguiría que el subsiguiente artículo 39 —que regula tales causas de inadecuación típica— carecería, en principio, de razón de ser. A menos que su razón se encuentre en la necesidad que tuvo el legislador —el federal, el distrital y el coahuilense— de acotar el carácter del "desistimiento" y del "arrepentimiento". Es decir, de delimitar el carácter voluntario de la causa por la que el propio agente inconsuma el delito. Pues conforme a los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF, el «desistimiento» debe ser «espontáneo» y respecto del «arrepentimiento» es suficiente que se impida el resultado o la consumación, de lo que se sigue que aun cuando no sea espontánea la decisión del retorno en el arrepentimiento, está será válido. Lo cual no sucede en el CPC, pues según su artículo 38, tan el «desistimiento» como el «arrepentimiento» deben darse cuando el agente "sepa o crea que aún puede consumir el delito".

Empiezo con el "desistimiento". En efecto, aun cuando el desistimiento presenta su manifestación *objetiva* en la detención del proceso ejecutivo, para que dicha interrupción no se puna debe ser oriunda de un comportamiento "espontáneo" del agente según lo disponen los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF.

La espontaneidad del retorno requiere algunas precisiones a efecto de evitar el absurdo de limitarlo a los casos de su literalidad en que el retorno se haga "aparentemente sin causa" según acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; esto es, "sin pensar", "de improviso", "sin reflexión". Porque si bien es verdad que esos casos serían subsumibles en el retorno válido; también lo es, que no creo que sean los únicos, a menos que se quiera mantener el absurdo de restringir la espontaneidad a los casos a que lleva aquella interpretación, la que a la vez conllevaría desatender la teleología del desistimiento como ratio de favorecer la prevención —en el sentido de evitar el daño o subsistencia del riesgo de daño que se genera con la tentativa— en una política criminal coherente con el principio de intervención mínima. Así, creo que:

La espontaneidad referida a la conducta involucra a la voluntad y algo más. En cuanto que *la espontaneidad en el desistimiento se debe entender como una nueva y libre decisión del agente de no consumir el delito aún pudiendo o creyendo poderlo consumir*. Condiciones que son por igual aplicables a la que prevé el artículo

39 del CPC, como enseguida se verá. Me explico, si no hay *decisión* nueva en el sentido de ya no consumir el delito, o si la decisión es coacta o forzada por las circunstancias de no poderlo consumir, no se podría estimar que el desistimiento sea espontáneo.

Por lo que a tal virtud siempre habrá que examinar esas tres condiciones para que sea válido el desistimiento: 1) Que haya una decisión nueva. 2) Que la decisión sea libre. 3) Que la decisión no se tome porque haya obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación.

1) En el primer aspecto, la decisión de interrumpir la ejecución implica una congruencia entre el proceso que impide la consumación y el contenido de voluntad del agente en tal sentido. Éste, amén de que interrumpe la ejecución, debe perseguir precisamente el que por tal motivo el delito no se consume. Por lo tanto, la tentativa punible no se excluye si el agente con un comportamiento voluntario interrumpe "sin querer" la ejecución. En esos casos la interrupción no revela realmente un "nuevo" contenido de voluntad del agente de inconsumar el delito. Falta en el agente un contenido de voluntad directamente contrario al dolo que animó su conducta ejecutiva. Por ejemplo: Al estrangular a su víctima y perder ésta la conciencia el agente la creó muerta, al momento que percibe la presencia de un casual testigo, por lo que grita por ayuda a la vez que acusa al espectador, provocando de éste modo sin querer el auxilio oportuno de terceros.⁶⁰⁶

2) Más, asimismo, la decisión de desistir —tan en el CPF, el CPDF y el CPC, al igual que en el arrepentimiento en el CPC— debe ser oriunda de una libre determinación. Por consecuencia, el desistimiento será inválido cuando obedezca a coacción que razonablemente no le permita al agente una elección libre, porque en tal caso es claro que el agente ya se ve impedido de consumir el delito. Así las cosas, el requisito de espontaneidad en la decisión implica que a la voluntad no se le constriente por la fuerza física o moral que se ejerza por terceros para impedir la consumación del delito. Tal violencia no es ya extrema —como en la *vis absoluta* (fuerza física irresistible), donde, en realidad, no hay ningún tipo de desistimiento—; sino con base en las condiciones de la *vis compulsiva* (temor fundado.) Mas también cabe pensar que durante el proceso ejecutivo o antes del resultado, el agente se vea presa del miedo por causa real o ficticia por la que creó que ya no podrá consumir el delito, lo cual le determina al desistimiento, de tal guisa que éste tampoco será válido. No obstante, es importante valorar la naturaleza e intensidad del miedo o temor, el motivo que lo origine y el objeto sobre el cual tal miedo incida. La simple cautela o alarma serán insuficientes, por sí mismas, para negar relevancia al retorno. Por el contrario, sí será bastante el pánico que afecte la capacidad de auto-determinación del agente; o bien cuando se da en él la angustia de tal modo que, sin impedir la capacidad de determinación, sí constriente al sujeto para que cambie la dirección de su conducta y no consume el delito. Pero a su vez la simple cautela o alarma, si bien por sí mismas no determinan la irrelevancia del retorno, sí la pueden producir cuando a ellas se les acompaña la conciencia del agente de *no poder* consumir el hecho. Por ejemplo: el autor percibe que va a ser ineludiblemente descubierto antes de consumir el delito, por lo que ante la segura evitación de la consumación del delito interrumpe su ejecución. En tales supuestos, no fue la cautela surgida por el temor a ser descubierto lo que privó de espontaneidad a la decisión; sin embargo, en ésta no operó la

⁶⁰⁶ El ejemplo es de O. Vannini. II Problema, p. 122. Cit. por Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, T. II, p. 100. Cabe señalar que —según la fórmula que da el CPF— no sucede lo mismo en el arrepentimiento. En tanto que con relación a él, el artículo 12 del CPF solo exige que el agente "impida" el resultado; mas no requiere que los actos de impedir obedezcan a una decisión "espontánea". Por lo que la tentativa queda impune en el caso de que el agente agote los actos ejecutivos que sí producirán el resultado y creyéndolo muerto, pide auxilio y "sin querer" salva de morir a la víctima debido a intervención quirúrgica oportuna.

espontánea voluntad del sujeto, en razón de su convicción de que al ser descubierto sobrevendría una segura evitación de la consumación. Lo cual nos lleva a la tercera condición.

3) Para que el desistimiento sea espontáneo también es necesario que la decisión se tome porque no haya obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación. (En un amplio sentido esta condición engloba a la anterior.) De tal modo que el desistimiento será válido cuando según los conocimientos del agente, los medios a su alcance y las circunstancias del caso concreto, tome la decisión frente a un obstáculo que él "podía" vencer según su representación, a efecto de consumir el delito. Casos en los que habría un "puedo pero no quiero". En sentido inverso, se entiende que la decisión no será «espontánea» si se le toma frente a obstáculos que según la representación del autor, aparecen como insuperables para consumir el delito. En tales supuestos el retorno ya no sería espontáneo, sino forzado por la imposibilidad de consumir el delito en la perspectiva del agente. Casos en los que habría un "quiero pero no puedo". Para determinar lo anterior, es trascendente atender al contexto y entorno en que se desenvuelve la acción. La cual, como nos lo indica Soler: (...) generalmente supone también el empleo de determinados medios, cierto grado de violencia, determinadas operaciones, etc. Cuando esos medios estaban en disposición del sujeto de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento válido.⁶⁰⁶

De ésta manera, el *quid de fondo del desistimiento en el CPF, el CPDF y el CPC, así como del «arrepentimiento» en el CPC, estriba en la capacidad para poder consumir el delito que el agente se represente en el caso concreto.* En otras palabras, si según su representación, el agente *puede* en el caso concreto consumir el evento delictivo con los medios a su alcance, la situación de hecho y las de las víctimas, sin tener que acudir a recursos extraordinarios, y, sin embargo, interrumpe su conducta, se parecería dar el desistimiento. Empero, se debe poner de relieve que si *objetivamente* el desistimiento espontáneo es dejar de hacer algo que *puede* hacerse, dicha *capacidad* de hacer algo encuentra su fuente en la mente del sujeto. Y como tal, en las *representaciones del agente* con relación a la factibilidad de consumir el hecho. Las que juegan primordial papel. Soler dice: (...) Las circunstancias serán ajenas a su voluntad no solamente cuando el hecho le sea al autor físicamente impedido, sino también cuando ese impedimento se le presente al sujeto psíquicamente "mostrándole su impotencia".⁶⁰⁷ En tal orden de ideas, *lo esencial se encuentra en la conciencia del individuo de poder o no poder. Con independencia de que pueda o no pueda realmente consumir el delito.* Salvo los casos de delito imposible en los que —en prelación lógica a la causa de insubsunción típica que se examina— la excluyente de tipo opera objetivamente, esto es, cuando la imposibilidad de consumir el delito es absoluta desde que se inicia la ejecución del delito debido a la inexistencia del titular o del bien o a la imposibilidad de su lesión o de que ésta sea significativa, de tal suerte que con la ejecución que aparentemente ya se inició no pueda hablarse de peligro alguno, porque en tales casos en realidad no hay siquiera inicio de ejecución por imposibilidad de lesión jurídica. Mas fuera de ese supuesto, es indiferente que la causa impidente sea real o ficticia, si es que, en éste último caso, al agente se le representa como verdadera. (...) No

⁶⁰⁶ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, octava reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978, T. II, p. 223.

⁶⁰⁷ Sebastián Soler, *op. cit.*, T. II, p. 235.

desiste de manera «espontánea» —ejemplifica Soler— aquel que creyó que el perro que ladraba lo acometería, cuando en realidad estaba atado o era de la finca vecina.⁸⁰⁸

En este cálculo de los obstáculos y su superación psicológica-objetiva, surge empero la duda de si debe atenderse tan solo a aquellas trabas que físicamente o según la representación del autor constituyan un impedimento para la "consumación". O, además, a aquellas circunstancias que sin constituir impedimento real o psicológico para la "consumación", si impliquen que el agente no consiga un "ulterior" fin propuesto. Ahora bien, nadie duda que aquellas causas que operan objetiva o psicológicamente como impidentes de la "consumación" delictiva eliminan el desistimiento. Salvo que las primeras aparezcan un delito imposible, porque en ellas aunque el «retorno» sería inválido, la tentativa misma es imposible. Ahora bien, a Soler le parece que la incapacidad que el autor se representa debe ser sólo «para la consumación», siendo irrelevante aquella que va más allá de tal enfoque. También a juicio de Maurach: (...) la ley no permite albergar duda alguna en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad «de la consumación» de la acción típica concretamente elegida. Meditaciones en pro y en contra, posteriores a la consumación del hecho, pertenecen a la ética.⁸⁰⁹ Conforme a tal postura, se puede inferir entonces que el temor a ser descubierto, aun cuando opere como causa de la interrupción del proceso ejecutivo, en unas ocasiones determinará un verdadero desistimiento —o, además, un arrepentimiento, de acuerdo con el CPC— y en otras no. Pues como expone Soler, según el sujeto vea que será descubierto antes de consumir el hecho, impidiéndole la consumación, habrá tentativa punible. O bien, que el sujeto vea que será descubierto después de consumado el hecho, que nadie actualmente le podría impedir, si habrá desistimiento.⁸¹⁰ Por su parte Vannini no admite tales distinciones; pues en su opinión también el temor a una denuncia y de una consiguiente punición del delito que se podía consumir, es motivo para que falte la espontaneidad del desistimiento; esto es, cuando no es el temor superado por la decisión originaria, sino un temor basado sobre reales o supuestas probabilidades represivas. Desistir en estos casos —opina Vannini—: (...) no significa obedecer al normal influjo del motivo penal, sino que significa desistir conforme a un motivo (nuevo) del cual el desistente no puede razonablemente dejar de sufrir la influencia.⁸¹¹ Sin embargo, la opinión de Vannini requiere de ciertas precisiones. Porque en realidad, el desistimiento motivado por temor a la pena, no excluye, por sí mismo, su relevancia como generador de atipicidad. (...) La amenaza penal —puntualizan Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo— cumple aquí una de sus funciones primordiales: la función intimidante. La ley penal logra así su objetivo fundamental, que es el de apartar al sujeto de la comisión del delito y, por tanto, debe considerarse plenamente satisfecha, con independencia de que el desistimiento, al ser motivado por el temor a la pena carezca de relieve ético.⁸¹² Cabría añadir, quizá con más moderna terminología, que la ley penal cumple aquí su función preventiva o protectora del bien jurídico.

⁸⁰⁸ Ídem. Soler, op. cit.

⁸⁰⁹ MAURACH, R. Cit. por Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. II, p. 205

⁸¹⁰ Sebastián Soler, op. cit., T. II, p. 235.

⁸¹¹ Vannini, O. Il Problema, p. 122. cit. por Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo en op. cit., T. II, p. 136.

⁸¹² Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 136.

Viene a cuentas entonces, también enfatizar que la ley no exige que dentro del desistimiento o el arrepentimiento exista necesariamente un repliegue "moral". En el sentido de que la decisión de impedir el evento se deba a un movimiento desinteresado de la conciencia, a un retorno a los sentimientos de probidad y piedad.

Mas si para que cobre relevancia el desistimiento o el arrepentimiento como causa de atipicidad no se precisa que el «retorno» se deba a impulsos o móviles éticamente valiosos. Y asimismo, cuando la inconsumación del delito obedece al temor a la pena, éste temor no quita por sí mismo la relevancia del "retorno" como excluyente del tipo. En virtud de que la propia ley penal cumple su función. Cosa bien distinta parecería ser cuando el "retorno" obedece a que, no obstante la posibilidad objetiva-psicológica de la consumación, el agente advierte que ya no logrará el fin propuesto, impidiendo *hic et nunc* la consumación. Ejemplos: el autor ya emprendió el envenenamiento de su pariente con el propósito de heredarlo, pero luego se entera de que el pariente modificó su testamento y lo desheredó. El agente actúa con el designio de apoderarse de una considerable suma de dinero y para ello allana la morada y mediante violencia abre la caja fuerte ajena, pero desista al advertir, instantes antes de tomar el numerario, que éste es notoriamente inferior a lo esperado. O bien, el autor desiste porque advierte que la cosa está deteriorada o es distinta a la prevista, no pudiendo lograr ya el lucro propuesto. En esos supuestos, no obstante la capacidad objetiva del agente para "consumar" el hecho, es claro que psicológicamente actúa una causa sobreveniente que le determina a la inconsumación y que tal causa no denota ninguna disminución en la culpabilidad del agente o en la intensidad delictiva. Por lo que a la luz de una valoración jurídica es reprochable la decisión de "retorno" del agente. Al amparo de estos razonamientos, Rodríguez Mourullo estima que en tales casos debe negarse relevancia jurídica a la espontaneidad del desistimiento; pues el desistimiento —sostiene— se debe analizar en términos "jurídico-valorativos".⁸¹³

Aunque las consideraciones anteriores y la posición de Rodríguez Mourullo resultan atractivas, en cuanto que las decisiones de la naturaleza apuntada no anulan la reprochabilidad de la conducta originaria. Sin embargo, ellas no convencen desde el punto de vista de estricta tipicidad. Recordemos que en prelación lógica a la culpabilidad, como elemento del delito, se encuentra la tipicidad. Y el dispositivo típico de la tentativa añade a que el delito «no se consume» por causa ajena a la "voluntad" del agente. Por lo que en sentido contrario, de la misma ley se infiere que para la atipicidad de la tentativa a causa de la voluntad del agente es preciso que esa "voluntad" —que ha de ser espontánea— esté en relación con la "inconsumación". De aquí que sea certera la opinión de Maurach, de que consideraciones en pro o en contra, posteriores a la "consumación" del hecho, caen fuera de lo legalmente contemplado en el tipo penal. Ya que "la propia ley no permite albergar duda alguna en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente elegida".⁸¹⁴ La SCJN, ha sostenido que:

TENTATIVA, DESISTIMIENTO EN LA. Cuando la ley introduce como elemento de la tentativa punible, el que el delito no se consume por una causa ajena a la voluntad del agente, implícitamente requiere para que se reconozca efecto de impunidad al desistimiento, que se produzca cuando el sujeto aún está en libertad de decidir, por propia determinación, si verifica la infracción que se propuso realizar; pero no llega hasta el extremo de exigir que la decisión abstencionista se produzca sin influencia de algún

⁸¹³ Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, pp. 102 y ss.

⁸¹⁴ Maurach, R., cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 206.

hecho o circunstancia que sin privar de espontaneidad a la voluntad del actor, únicamente concorra a plantearle la posibilidad de un diverso proceder.⁸¹⁵

En consecuencia, si la decisión del "retorno" obedece a la convicción de la imposibilidad normal de consumación según la representación del autor y sus recursos disponibles, dicho «retorno» será irrelevante, independientemente del concomitante temor del agente a ser descubierto y sancionado o de ya no poder lograr un fin ulterior al de la consumación. Pues cuando el agente deje inalterada dicha posibilidad de consumación según sus representaciones y aquél desiste o se arrepiente por otros motivos distintos a la imposibilidad de la consumación —concretamente de las hipótesis del fin ulterior que ya no conseguiría o del mismo temor a la pena o a ser descubierto—, dicho «retorno» se debe considerar de todos modos causa de inadecuación típica porque el delito se inconsuma por la voluntad del agente en tal sentido. Y en tanto aquellas no afectan el conocimiento sobre la posibilidad misma de «consumar» el delito, lo cual sí invalidaría el "retorno".

En tales extremos, ya sea que se considere a la espontaneidad como elemento aparte al de voluntad en el desistimiento o bien se le estime como ingrediente de la propia decisión voluntaria, es claro que a tal expresión se le otorga un especial significado. En efecto, ya vimos que en términos estrictamente psicológicos y gramaticales, la espontaneidad implica súbita *decisión interior no sujeta a maduración o reflexión*. Aceptación ésta que en su literalidad es inaceptable porque limita el desistimiento a casos que por su estrechez devienen absurdos y, además, desatiende los fines jurídicos del desistimiento en la tentativa congruentes con un Derecho Penal de prevención racional y de intervención mínima. Pues como se advierte en la ejecutoria antes transcrita y, además, de todas las razones que ya se expusieron, el que el sujeto discorra sobre la posibilidad de un diverso proceder no elimina la espontaneidad. Y ya se vio que también el desistimiento es válido siempre que el mismo no se deba a la incapacidad real o psicológica de consumación; esto es, que será irrelevante que la causa sobreveniente que le determine al agente a la inconsumación sea de carácter utilitario, amoral o inmoral; sino que aquella, para hacer inválido el desistimiento, deberá obedecer a que el agente se vea incapacitado para consumar el delito. Por ello, no se debe confundir a la espontaneidad del desistimiento con la necesidad de que el agente se arrepienta moralmente. Claro que un libre repliegue derivado de consideraciones éticas del agente se debe considerar como espontáneo. Pero también lo será cuando la decisión de retorno es amoral o utilitaria siempre y cuando ella sea libre y se crea que aún se puede consumar el delito.

De todo lo expuesto se puede concluir que la clave de un desistimiento inválido está en la ausencia de una nueva voluntad real de no consumar el delito; o bien porque falte la espontaneidad del mismo desistimiento en virtud de la conciencia o convicción del agente de no poder consumar el delito; o bien cuando la decisión sea bajo coacción que razonablemente no permita la libre elección.

Por último, resta subrayar de nuevo que —a diferencia del CPC— los sendos artículos 12 del CPF y 21 del CPDF sólo exigen la espontaneidad respecto al desistimiento pero no con relación al arrepentimiento. Según los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF, cuando el agente agote el periplo ejecutivo y luego impida el resultado será irrelevante examinar si aquel lo impidió espontáneamente o con reservas por creer que ya no podía consumar el delito. Pues de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF basta simplemente con que impida el resultado para que se dé la causa de inadecuación típica aunque aquella acción no hubiere sido espontánea, esto es, libre, o porque se tomó frente a obstáculos que impedirían la realización del

⁸¹⁵ Amparo 968/55, 1º Sala, Informe 1956, S. J. F., p. 88.

resultado. Lo cual no sucede en el CPC donde su artículo 38 también condiciona la validez del «arrepentimiento» a que el agente *“sepa o crea que aún puede consumir el delito”*.

Pero de ello también se sigue que será insuficiente para dar relevancia al arrepentimiento que el sujeto crea que realiza la acción adecuada que impedirá el resultado, cuando en realidad actúa bajo un error que hace ineficaz el retorno, produciéndose de todas maneras dicho resultado. Esto es, para que opere el arrepentimiento como causa de insubsunción típica —tan en el CPF y el CPDF como en CPC— aquél debe ser «eficaz», en cuanto él impida realmente el resultado.

Sin embargo, podría argüirse que aquel fenómeno podría estimarse como un caso especial de error de tipo, tomando en cuenta que la inconsumación por causa ajena a la voluntad es un elemento típico del delito en grado de tentativa. Esto es, se podría argumentar que dado que la inconsumación de la tentativa se debe dar por causa ajena a la voluntad del agente, por ende, cuando es la misma voluntad de aquél la que le motiva a impedir el resultado, se está incidiendo por error en uno de los elementos típicos de la misma tentativa y, por lo tanto, por virtud de tal error es admisible la eficacia del arrepentimiento como motivo que dé pie a la insubsunción típica. Empero, tal enfoque equivoca la mira por la siguiente razón: Es cierto que el retorno cuando es eficaz es causa de insubsunción típica de la tentativa, habida cuenta que el delito no se consuma en virtud de la propia voluntad del agente. Pero también es verdad que cuando el retorno es ineficaz debido a error, el delito de todas suertes se consuma debido a la anterior acción ejecutiva del agente que fue presidida por el dolo. Ya no se puede hablar entonces de que hubo un error que haya incidido sobre algún elemento del tipo penal del delito en grado de tentativa, sino de un error irrelevante para la configuración de los elementos típicos de un delito consumado. Porque respecto de ellos no hubo ningún error en la conducta ejecutiva acabada dirigida a producir el resultado que realmente se da conforme al fin del agente cuando realizó su conducta sin tal error. Una cosa es pues la ineficacia de la conducta ejecutiva debido a error para poder producir el resultado y que puede integrar la tentativa —a menos que la absoluta inidoneidad de la acción determinada por el error impida desde antes cualquier peligro al bien jurídico—. Y otra muy distinta la es la ineficacia de la diversa conducta de retorno que por error no impida las consecuencias de la conducta anterior, ya que aquella conducta de retorno ineficaz deja intocada la consumación del delito respecto del cual no hubo error sobre los elementos del tipo penal que lo constituyeron. Ejemplo: El agente cree desactivar el mecanismo de la bomba de tiempo, que momentos antes puso en marcha para dar muerte a la víctima, sin saber que su maniobra es ineficaz, por lo que el explosivo estalla y mata a aquélla. En tal caso hay homicidio doloso consumado.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
LA ANTIJURIDICIDAD COMO LÍMITE
A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO

— I —

La antijuridicidad, el injusto y la unidad del orden jurídico

En la ciencia del Derecho con frecuencia se emplea indistintamente las voces "ilegal", "antinormativo" y "antijurídico" para referirse a un mismo fenómeno con relación a la conducta. Pero en sentido estricto hay diferencias entre esos vocablos. La antijuridicidad es —o debería ser— una expresión más rica en contenido que el de los vocablos ilegalidad y antinormatividad. Todas tienen el común denominador de ser juicios respecto de una conducta contraria a Derecho, pero mientras que la voz "ilegal" alude a la contrariedad de una conducta con la ley y la palabra "antinormativa" se refiere a la calidad de una conducta que es contraria a la norma —no todas las normas se encuentran en leyes—, la antijuridicidad es el juicio del desvalor de una conducta que lesiona bienes jurídicos y contraría al Derecho. Puede haber conductas ilegales o antinormativas que no lesionen bienes jurídicos, pero no puede —o no debiere— haber conductas antijurídicas ayunas de lesión o de riesgo de lesión a bienes jurídicos.

Para que una conducta sea delito es preciso que sea antijurídica. La antijuridicidad es siempre una estimación sobre el carácter desvalioso de una conducta lesiva frente al Derecho y en tal sentido la antijuridicidad es un concepto que atañe a todo el Derecho en general, sin que haya una antijuridicidad específicamente penal. Pero tan es posible que un ilícito civil o administrativo carezca de relevancia penal como es imposible que una conducta sea delito sin que sea antijurídica. Ello se debe al carácter subsidiario del Derecho Penal, en tanto que no todos los hechos antijurídicos tienen que —ni deben de— estar penalmente tipificados en la ley. Lo inadmisibles es que una conducta sea delito y a la vez conforme a Derecho en otra materia no penal. La antijuridicidad de una conducta que es delito se corresponde con la naturaleza propia de toda conducta típica que se realiza sin el amparo de una causa legal de justificación. Y ello es así porque al ajustarse la conducta a un tipo penal lesiona a uno o más bienes jurídicos, a la vez que es indiciariamente contraria a la norma de determinación-valoración que subyace en la norma prohibitiva del tipo penal realizado. De tal suerte que si tal conducta no se efectúa junto al amparo de una causa legal de justificación, el indicador de la contrariedad de la conducta típica con la norma de determinación-valoración no se verá neutralizado por el ajuste de aquella conducta a las normas permisivas que se desprenden de las causales legales de justificación para los casos de conflictos de intereses. Con lo cual, en suma, se puede confirmar que la conducta es prohibida y, por ende, contraria a Derecho.

De aquí que el delito sea siempre una "disonancia armónica". Palabras con las que Jiménez Huerta metafóricamente el carácter de la conducta que es antijurídica en el ámbito del delito en su magnífica monografía "La antijuridicidad". En ella el autor concluye en esencia que, la antijuridicidad es un juicio que se emite acerca del carácter desvalioso de una conducta porque lesiona un bien jurídico y ofende a los ideales valorativos de la

comunidad insitos en el Derecho.⁸¹⁶ Tal idea la reproduce el artículo 43 del CPC al definir a la conducta antijurídica, pues señala que: *“Es antijurídica la conducta que objetivamente lesiona bienes jurídicos y ofende al Derecho”*. Con lo cual parecería que en el artículo 43 del CPC se habría preferido puntualizar cuándo una conducta típicamente relevante es antijurídica, en vez de conceptuar a la *antijuridicidad* con el mero enfoque antinormativo como lo hacía el código anterior al decir que aquella es *“la contradicción entre el comportamiento objetivo y el deber insito en la norma”*, noción legal que se refería más al juicio abstracto de desvalor que podría implicar cualquier conducta en el ámbito general del Derecho por ser contraria a normas —antinormalidad— pero sin atender a la lesión de bienes jurídicos. Mientras que en el nuevo concepto del CPC se destacan de manera sencilla dos datos fundamentales que reflejan la esencia de la antijuridicidad de una conducta y que en la esfera penal se aprecian mejor: la «lesión jurídica» y la «ofensa al Derecho». O dicho de otro modo, el código actual atiende mejor a la valoración de la conducta sobre la cual el juez penal se debe pronunciar en el caso concreto si ella es injusta, sólo si acaso se dan aquellos datos. Con lo cual se encausa a la interpretación por senderos congruentes con el carácter óptico-valorativo de la conducta humana como objeto de regulación penal y, asimismo, con los límites que se derivan de la necesaria lesión jurídica que debe haber en la concreción de todo tipo penal que como tal prohíbe ciertas conductas. Y los que pueden dar más luz al aplicador de la ley. Toda vez que por un lado el concepto recoge en su seno a la conducta sobre la cual se emite el juicio objetivo de valoración de si es o no es antijurídica. Y por el otro, a los elementos culturales y axiológicos necesarios para que se pueda integrar la esencia de lo antijurídico de la conducta en el ámbito del injusto penal: la lesión jurídica —daño o peligro al bien jurídico— y la ofensa al Derecho —contrariedad de la conducta con la norma prohibitiva— que aquella debe motivar.

Para ello cabe reiterar que así como el tipo acoge dentro de sí a la acción (sólo las acciones pueden ser típicas.) A su vez, el injusto presupone a la acción típica —y por tanto, lesiva de bienes jurídicos— sin causa legal que la permita. De esta manera, sólo la acción que sea típica puede constituir un injusto. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal sino de todo el ordenamiento jurídico. Como ya se apuntó, hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales. Pero sin que todo ello autorice a pensar que la lesión de bienes jurídicos no importa para decidir la antijuridicidad en otras materias del Derecho, porque aquella lesión es esencial para definir el carácter antijurídico de cualquier conducta dentro y fuera del Derecho Penal, al menos dentro de la concepción ideal del estado de derecho en el que se inspiran las normas constitucionales. Y es que entender que la conducta lesiva de bienes jurídicos no interesa a los efectos de definir la esencia de los hechos ilícitos es ya dar un paso rumbo a un sistema autoritario, porque prohibir o sancionar acciones no lesivas de bienes jurídicos conlleva al estado-policía donde el resultado muy bien puede ser una serie de limitaciones intolerables al ejercicio de nuestras libertades constitucionales. En el Derecho sancionador debieron privar dos reglas generales: La primera regla general es el amplio derecho constitucional del ejercicio responsable de nuestras libertades cuyo límite es el respeto a los derechos y los bienes jurídicos de los demás. Y en virtud de ello —como segunda regla general— sólo deberían derivarse consecuencias jurídicas adversas para una

⁸¹⁶ Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1952, pp. 1 a 13, 117 y ss.

persona respecto de aquellas conductas que impliquen lesionar los bienes jurídicos en los que se manifiestan los derechos de los demás. De esta manera, aunque la antijuridicidad no es específica de la materia penal sí es un límite que se impone al poder sancionador del Estado y que en materia penal se manifiesta con la exigencia de que a la conducta que realiza el tipo siempre le debe ser imputable la lesión significativa —daño o peligro de daño— de bienes jurídicos y la cual, además, es contraria a la norma prohibitiva del mismo.

Ahora bien, la antijuridicidad con el contenido anotado —como contrariedad normativa que es lesiva de bienes jurídicos— no es —ni debiere ser— exclusiva del Derecho Penal. Porque si bien es verdad que en otras materias del Derecho se responsabiliza por el daño causado por otro, como sucede con la obligación de reparar el daño que tienen los que guardan una relación especial de autoridad o cuidado con quien causa el daño, igual es cierto que esa obligación de indemnizar parte del hecho ilícito —contrario a la norma— realizado por ese otro: menores, pupilos, incapaces, etc., donde precisamente tal hecho lesionó bienes jurídicos. También es incuestionable que en ocasiones se obliga a indemnizar por el daño que origina el uso de instrumentos peligrosos, pero igual lo es que no todas las obligaciones derivan de conductas antinormativas y, además, en aquellos casos sí hay un daño a bienes jurídicos de otros que origina el uso de dichos instrumentos —uso que da beneficios al propietario o disponente del instrumento— y que en su conjunto motivan la obligación de indemnizar. Es igualmente verdad que hay ciertas conductas que devienen violatorias de reglamentos sin que se concrete algún peligro ni menos el daño de un bien jurídico (desde el viandante que cruza la calle vacía cuando el semáforo está en verde para el tráfico rodado hasta el conductor que desatiende la señal de alto, al ver el uno y el otro que no vienen coches por la vía libre), pero la razón de la norma prohibitiva de éstas conductas sí está dada por el peligro potencial de bienes jurídicos que las mismas representan. Y si por antijuridicidad se debiere entender la mera contrariedad a la norma de una conducta, sin importar que haya lesividad —lo cual es discutible— cabe entonces volver a recordar que el motivo de las normas prohibitivas de conductas que involucran los tipos penales es siempre la lesión o peligro de lesión significativos al bien jurídico imputable a las conductas desaprobadas que integran cada tipo penal. Sin que esto autorice a pensar que hay una antijuridicidad específicamente penal, porque hay un sinnúmero de conductas antijurídicas que no están tipificadas y que, por ende, no son delito. La antijuridicidad es un signo distintivo esencial del delito pero ella pertenece a todo el campo del Derecho.

En el Derecho Penal se suele diferenciar entre el injusto y la antijuridicidad, mas ésta diferencia solo tiene valor en cuanto que la antijuridicidad es el juicio objetivo que se pronuncia sobre el carácter desvalioso de las conductas lesivas que son contrarias a Derecho, mientras que el injusto es la referencia al carácter antijurídico que reviste una concreta conducta penalmente típica. El injusto es, pues, una concreta conducta típica que es antijurídica. Y es que en materia penal el objeto sobre el cual recae el juicio de antijuridicidad no es cualquier conducta ilícita. Sino que aquél juicio se endereza sobre la conducta concreta que enmarca en el tipo penal de un delito, cuya realización involucra siempre un daño o peligro lesivos a uno o más bienes jurídicos y que es contraria a la norma de determinación—valoración subyacente en la norma prohibitiva del tipo cuando falte causa que la justifique. Dicho de otro modo, es en la misma conducta típica penal donde ya hay una grapa con la antijuridicidad, a través de la lesión al bien jurídico que aquella involucra y que junto con la realización de los

demás elementos típicos constituye el indicio de que ella es contraria a la norma de determinación-valoración subyacente en el tipo penal realizado. El carácter indicador —pero no definitorio— de la antijuridicidad que tiene la tipicidad, viene dado por el derecho general de libertad de acción y de la existencia de las causas legales de justificación que confirman ese derecho o hacen que prevalezca el cumplimiento de un deber —y las que valen para todo el Derecho—. De tales derechos o deberes —porque las causas de justificación parten de ellos en su esencia— también se desprenden límites a las normas prohibitivas subyacentes en los tipos penales. Aquellas causas de justificación involucran normas de ordenación social de conductas en caso de conflicto de intereses y las que de darse, neutralizan a las primeras, es decir a las normas prohibitivas de los tipos penales. Por lo tanto, la conducta típica sólo se puede estimar antijurídica cuando con aquella no se dé alguna causa de justificación que el mismo legislador plasma en la ley. Sólo en esos casos ya es permisible hablar de un injusto.

- II -

Las normas que son objeto de contradicción en el injusto y su infracción en la culpabilidad

En el anterior orden de ideas también se debe tener presente que de la ley penal se deduce la existencia de normas prohibitivas de conducta que subyacen en los tipos penales. Y ello es así porque si el legislador sanciona con pena ciertas conductas que lesionan bienes jurídicos en un determinado ámbito fáctico-normativo (tipo penal), cabe pensar que aquél prohíbe la realización de esas conductas. Asimismo, que es posible deducir que esas normas prohibitivas de conducta tienen una doble función: La función valorativa o de determinación y la función motivadora-preventiva. La primera concierne a la antijuridicidad y la segunda atañe a la culpabilidad. Razón por la cual la doctrina habla que en realidad esas normas prohibitivas se desdoblan en dos clases de normas: Las normas de determinación-valoración y las normas de motivación. Las primeras tocan a la antijuridicidad en cuanto señalan qué conductas están prohibidas en el ámbito del tipo penal y, por lo tanto, disponen qué es lo que todo individuo no debe hacer o cuándo no debe abstenerse de actuar en cierto sentido según el tipo penal sea de acción o de omisión. Mientras que las segundas importan a la culpabilidad, en tanto tienden a motivar al individuo a conducirse de acuerdo con la norma de determinación-valoración y, en última instancia, a actuar conforme con la norma prohibitiva.

De lo anterior se sigue que las normas de determinación-valoración son en realidad normas de lo que se debe y no se debe de hacer y valen para todos independientemente de que la prohibición se pueda o no se pueda conocer por el sujeto. Su función es permitir valorar como antijurídica una conducta típica y que por este motivo —al implicar tal conducta un incumplimiento de deberes o un abuso del ámbito de libertades y derechos que se traduce en la lesión o el peligro de lesión de nuestros bienes jurídicos— no tiene por qué ser tolerada por otros. De aquí que de la misma ley igualmente se desprenda que no se desvalora toda conducta típica penal, sino sólo y nada más cuando ella no se ampare en una causa legal que la justifique. O dicho de otro modo, la contradicción con la norma de determinación-valoración sólo se da cuando se realiza una conducta típica cuyo indicio de desvalor no se neutraliza con alguna de las normas permisivas que involucran las causas de justificación. Y ello es como se indica, porque la interpretación congruente y contextual entre las normas prohibitivas que encierran los tipos penales y el principio de que todo lo que no esté prohibido o no sea

contrario a deber expreso es lícito o al menos no prohibido, aparece que cuando se dan ciertos conflictos de intereses precisamente se hace necesario que se dé la conducta típica aparentemente antinormativa pero que al ajustarse a algún supuesto legal de permisión o de mandato excluye la prohibición y confirma al Derecho en vez de contrariarlo.

De aquí que en el Derecho Penal no sólo existan preceptos prohibitivos sino también haya normas permisivas y órdenes que limitan aún más a tales reglas prohibitivas. Las normas permisivas y los mandatos conforman a las llamadas causas de justificación y en el fondo ellas significan el ejercicio de derechos que nacen del derecho general de autodeterminación responsable o bien del cumplimiento de deberes legalmente impuestos. Lo cual quiere decir que ellas no son excepciones a la regla de la antinormatividad objetiva que se podría derivar de la realización de una conducta típica, porque más bien es a la inversa: Los tipos penales son excepciones a la regla general del ejercicio responsable de nuestra libertad general de acción. Y ello es así, porque los tipos penales implican normas que prohíben sólo ciertas conductas que se seleccionan dentro del inconmensurable universo de conductas que una persona puede realizar en ejercicio de su libertad o en cumplimiento de su deber. Pero, además, aquellas normas prohibitivas suponen siempre el ejercicio irresponsable de esas libertades o el incumplimiento de exigencias mínimas de solidaridad social o de deberes legales en demérito de bienes jurídicos ajenos. Las normas permisivas y las que imponen actuar en cierto sentido conllevan precisamente el ejercicio responsable de la libertad que se despliega para impedir consecuencias lesivas para bienes jurídicos o el cumplimiento de deberes para hacer posible la eficacia del Derecho, en la mayoría de las veces ocasionadas por el ejercicio irresponsable de la libertad general de acción de otros o por el incumplimiento de ciertos deberes mínimos de solidaridad social bajo cierto esquema de valores jurídicamente reconocidos. El hecho de que las conductas lesivas permitidas estén regladas se debe justamente a que ellas lesionan bienes jurídicos. La lesividad que involucra el ejercicio de tal clase derechos y deberes es la que hace necesario que su ejercicio se ajuste a ciertas pautas que confirmen su práctica responsable, tan para reafirmar el derecho general de autodeterminación en protección de bienes jurídicos como, en su caso, hacer posible la prevalencia de los mismos dentro de un esquema de valores. El hablar de norma permisiva no significa entonces renunciar al derecho del ejercicio de la libertad que las mismas implican, porque en los casos en que tal ejercicio involucra la lesión de un bien jurídico es natural que se deba limitar su ejercicio a las condiciones en que es lícito el ejercicio de tal derecho que lesiona bienes jurídicos. De aquí que las normas permisivas —al igual que las que fijan deberes— impongan condiciones a la libertad de acción —o al deber de realizarla— cuando ella involucra la necesidad lesión de bienes jurídicos.

Las causas de justificación suponen así el ejercicio de derechos o de deberes que a su vez se sustentan en los principios rectores del derecho general de acción —llamados también de autodeterminación responsable—, de mínima solidaridad social y en la consecución de ciertos fines de eficacia del Derecho mismo a favor de los individuos. Valores estos reconocidos expresa e implícitamente en la C. mexicana, que en reiterados preceptos profesa el ideal del estado democrático o de derecho. De esta manera, lo general es el ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de ciertos y específicos deberes —dentro de los cuales se enmarcan las causas de justificación— y lo particular es la realización de una conducta típica sin causa que la

justifique. La paradoja aparente se da por la razón de creación legal del tipo penal. La tipificación penal de conductas es siempre la particularización de ciertas conductas severamente lesivas de bienes jurídicos en determinados ámbitos de prohibición, los cuales son islas en el gran océano del ejercicio de la libertad del que brotan las causas de justificación y las fuentes de deberes para obtener la eficacia misma del Derecho en beneficio de las personas. Por ello el injusto penal no es cualquier conducta antijurídica sino sólo la concreta conducta típica sin causa legal que la permita u ordene. Por supuesto que no tiene sentido permitir lo que no está prohibido, pero ello solo quiere decir que la norma prohibitiva de conducta que encierra el tipo nada más se concreta como tal cuando al darse el tipo falta causa legal que justifique la realización de aquél. Las causas de justificación —como manifestaciones regladas del ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de ciertos y específicos deberes en situaciones de conflicto de intereses—, circundan, acotan o limitan el contenido de las normas prohibitivas que suponen los tipos penales. Las causas de justificación son así parte del océano circundante a los islotes que en ese mar simbolizan a los tipos penales y limitan el contenido de sus normas prohibitivas.

La norma prohibitiva del homicidio no dice no matar sino no matar sin causa de justificación. Si se mata con causa justificada no se contraria a la norma, sino que se le confirma. De aquí que la realización del tipo sólo "indique" pero no evidencie que es prohibida la conducta realizada, en tanto la tipicidad no evidencia sin más la antijuridicidad de la conducta, sino hasta que en el caso concreto se verifica que faltó una causa legal que justificara la lesión que aquella ocasionó. Dice Zaffaroni que: (...) No se trata de un análisis donde se pone y se quita, ni en el que se afirma y se recorta, sino de una dialéctica en que se afirma, se niega y se sintetiza.⁶¹⁷ Y más adelante añade: (...) La célebre afirmación de que no es lo mismo matar a un humano en legítima defensa que matar a un mosquito, es equívoca, y puede ser falsa: comparten la misma naturaleza esencial ambas acciones, pues ambas dan lugar a hechos lícitos y forman parte del mismo sustrato de libertad. No obstante, es verdadera en la medida en que es racional que se exija una atención particular y síntesis ulterior a la luz de un precepto circunstanciante, cuando el ejercicio de un derecho consiste precisamente en la realización de una acción típica...⁶¹⁸, la que como tal —agrego por mi parte— ya involucra la lesión de bienes jurídicos que de ordinario ya tiene en sí su significación social. Por eso la tipicidad no pasa de ser un indicio de antijuridicidad, puesto que —como enfatiza el célebre autor argentino— (...) solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la acción.⁶¹⁹

Ahora bien, cuando una persona se acomoda con su conducta al supuesto legal del hecho punible lesionando bienes jurídicos sin causa que la justifique, en realidad se puede sostener que tal conducta es antijurídica por la disonancia que se da entre la misma y la norma de determinación-valoración que a su vez encierra la norma prohibitiva. Y sin embargo, lo único que se ha hecho hasta éste momento es emitir un juicio del desvalor jurídico de una conducta, la que al ser contra Derecho vale para todos y no tiene que ser tolerada por otros. Pero sin que tal juicio involucre la afirmación de que la conducta —contraria a la norma de valoración o determinación— haya "infringido" la norma de motivación que también se deriva de aquella norma prohibitiva. Y

⁶¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 563.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

ello es así, porque desde la perspectiva del propósito de comunicación que tienen las normas de motivación de conductas prohibidas que en los tipos penales se sancionan con penas —en tanto que su fin es “motivar” al individuo a comportarse conforme a las normas de valoración o determinación— es insostenible que el sujeto las “infrinja” por el solo hecho de que con su conducta se ajuste al supuesto de hecho que motiva la pena sin causa que la justifique; ya que aquella “infracción” sólo puede responderse afirmativamente si en el caso concreto hubo un contexto de comunicación de la norma con su destinatario. Esto es, sólo cuando la persona —que en el caso concreto realizó el supuesto legal del hecho punible sin causa de justificación— podía motivarse de acuerdo con la norma porque conocía la prohibición o estuvo razonablemente en posibilidad de conocerla y poderla observar. Cuestión ésta que, como ya se dijo, corresponde decidirla en un estrato diferente del delito: en el de la culpabilidad.

Con base en ello es posible concluir que el contraste de la conducta con las normas de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva del tipo se examina en el nivel de la antijuridicidad. Y que el fin de tal clase de normas en conjunción con las causas de justificación, es el de establecer una ordenación objetiva de ciertos comportamientos en sociedad señalando cuándo son contrarios al Derecho y que, por ende, tal ordenación vale para todos, sin que aquellos comportamientos tengan que ser tolerados por otros y con independencia de que el individuo que los realice pueda o no pueda conocer la ilicitud penal de los mismos.

Mientras que la infracción de la segunda clase de normas —de motivación— se examina en el estrato de la culpabilidad. Y toda vez que su fin es el de “motivar” a los individuos a comportarse conforme a la norma prohibitiva, dicha culpabilidad solo podrá ser declarada, entre otras condiciones, cuando el sujeto al realizar la conducta típica y antijurídica haya infringido la prohibición penal porque la conocía o estuvo en condiciones de conocerla y poderla observar.

Tan es verdad lo anterior, que se dice sin tapujo que una conducta puede ser antijurídica sin ser culpable. Así, se sostiene que actúa antijurídicamente el inimputable que mata a otro sin causa que le justifique. Lo cual es correcto. Porque en un juicio objetivo de tal caso la conducta del inimputable fue contraria a la norma de valoración o determinación sin que esa discordancia se neutralizara con alguna causa de justificación. Pero sin que por ello ya se pueda afirmar que esa persona “desobedeció” la norma de motivación, simplemente porque no la podía “desobedecer” debido a su incapacidad de comprender la norma o de decidirse de acuerdo con esa comprensión y en tanto que la infracción de esa clase de normas sólo tiene sentido en un contexto de comunicación con sus destinatarios cuando las puedan observar. La conducta antijurídica no es pues una conducta subjetivamente antinormativa en aquel sentido.

— III —

Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Desde hace tiempo, especialmente a partir de los postulados de Welzel sobre su teoría final de la acción, se empezó a hablar con insistencia de que el carácter desvalioso que representa el injusto reside en la conducta (con todos sus elementos objetivos y subjetivos) y no en el resultado (entendido éste como la lesión jurídica.) Ello parecía contradecir los estudios de Mezger en el sentido de que el injusto era básicamente objetivo y se caracterizaba con la objetiva lesión de bienes jurídicos en contradicción con las normas ordenadoras del Derecho. Las consecuencias de la conducta en el orden jurídico social —más que la conducta en sí— eran las que importaban para definir el injusto, cuyo aspecto subjetivo era tarea que se reservaba al estrato de la

culpabilidad. Pero Weizel destacó —correctamente a mi juicio— que (...) las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y mandatos del derecho penal no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino a las acciones de las personas, las cuales por su propia naturaleza tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro.⁶²⁰

En tal sentido parecería correcto sostener que la esencia de la contrariedad a Derecho de un hecho se da en virtud de la oposición de la conducta —que realizó ese hecho— con la norma de determinación-valoración e independientemente del resultado (lesión jurídica) que produjo. Y es que en realidad no se puede negar que el objeto sobre el cual recae el juicio de desvalor es la conducta contraria a la norma y no lo es el resultado. Pues para los efectos de contrariedad de la conducta con la norma de determinación-valoración: ¿qué diferencia existe entre la acción de quien dispara su pistola contra otro con la voluntad de matarlo sin conseguirlo, de cuando sí lo logra? Ninguna, porque en ambos casos es igual la contrariedad de las conductas con la norma de determinación-valoración. Como tampoco la hay entre la conducta de quien se pasa un alto oficial sin que suceda nada y la conducta de quien al ignorar la señal gubernamental de alto ocasiona daños a otro vehículo. La contrariedad de las conductas con el deber de cuidado es exactamente la misma en ambos eventos. No obstante, hay que rechazar la tendencia a suprimir el resultado jurídico del injusto para estimar que éste se configura tan solo por una conducta que sea contraria a la norma. Porque aun cuando es cierto que las acciones son el objeto de las normas prohibitivas y no los resultados. Por igual es verdad que tal postura desatiende la naturaleza de los contenidos materiales de los tipos penales donde siempre se ve lesionado un bien jurídico. Y, además, pasa por alto que no sólo en materia penal sino en el Derecho en general sería autoritario derivar consecuencias graves contra los derechos y bienes de las personas con base en una valoración desaprobatoria que se refiera sólo a acciones antinormativas sin importar si ellas dañan o ponen en peligro a un bien jurídico. Una postura así en el ámbito penal daría carta blanca al Estado para punir cualesquier conducta aunque no lesione ni pueda lesionar a un bien jurídico. Ella le abre la puerta a un poder penal de intervención máxima, para crear delitos de mera desobediencia al gusto y los vaivenes de la democracia formal sin el primer apoyo sustancial que se deriva del límite que al poder punitivo le impone la exigencia del daño o peligro lesivos a bienes jurídicos imputable a la conducta que se puna. Bienes que ya se encuentran previamente reconocidos en otras leyes y los que encuentran apoyo en los derechos mismos que la Constitución protege. Todo lo cual reafirma el carácter subsidiario y de intervención mínima del poder punitivo que le incumbe postular al Derecho Penal.

La tesis que pasa por alto la lesión jurídica como componente esencial del injusto llevaría a allanar la distinta punibilidad que el legislador asigna al delito consumado con relación al que se comete en grado de tentativa y tendería a sancionar como delito culposo a toda conducta violatoria de un deber de cuidado sin que motive un resultado lesivo concreto. Y lo que no es mejor, además de inclinarse a nivelar las desiguales puniciones que se derivan de esos diversos supuestos, también favorecería la ampliación del poder punitivo a todos los campos del Derecho para los casos de meras violaciones formales o burocráticas y facilitaría, asimismo, la

⁶²⁰ Hans Weizel, citado por Günter Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 42.

asunción de un indeseable Estado-Policía con facultades de intromisiones difícilmente tolerables en el ámbito de la libertad de las personas y las consecuencias sociales indeseables que acarrea la privación de su libertad. Contra aquella postura ya se pronunció el mismo Welzel cuando rechazó que el injusto se sustente en el mero desvalor del resultado. Aquél señaló que: (...) la doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico.) En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o puesta en peligro al bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca en el sentido de que la lesión caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción.) El desvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro.) El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.⁸²¹

A su vez, cuando Roxin se refiere al tema también se opone a esas posturas y aunque dice que están superadas las teorías que hacían depender el injusto sólo del resultado, asimismo acota: (...) que no son obsoletas, en la medida que se ocupan de la cuestión del injusto referido al autor. (...) La concepción actualmente dominante, a diferencia de lo que sostenía Mezger, considera ya la norma en la que se basa el injusto como **norma de determinación**, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe de hacer y dejar de hacer...⁸²² Para más adelante agregar que la doctrina dominante actual: (...) separa injusto y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales), y que por lo demás no tiene porque ser conocida por el individuo, sino sólo es preciso que sea objetivamente reconocible (con lo que el problema de error de prohibición no es un problema de injusto sino de culpabilidad)... (...) Junto a esto, la concepción hoy dominante pone también en la base del injusto una **norma de valoración**, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser. Según esto, mientras la infracción contra la **norma de determinación** fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la **norma de valoración** también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la tentativa.⁸²³ Y enseguida puntualizar que frente a esto: (...) una orientación reciente, invirtiendo exactamente las posiciones de las antiguas teorías orientadas al resultado, pretende basar el injusto penal y con ello también el tipo, exclusivamente en el desvalor de la acción y negar el desvalor del resultado. (...) Políticocriminalmente tal concepción del injusto si se le pone en práctica... obliga a sacar consecuencias bastante fuertes, habría que equiparar el delito consumado al intentado, y en la imprudencia no se podría hacer depender la punibilidad de la producción del resultado, sino que tendría que vincularse a la mera infracción del cuidado debido (aunque ésta en concreto no dé lugar a una lesión de bienes jurídicos.)⁸²⁴ Por lo que Roxin concluye:

⁸²¹ Hans Welzel, *Derecho Penal...*, op. cit. p. 82.

⁸²² Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 322.

⁸²³ Idem, op. cit., pp. 323 y 324.

⁸²⁴ Ibidem, p. 324.

(...) hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto. La frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables. Por lo tanto en Derecho Penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción, pero perfectamente se pueden prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido.⁸²⁵

— IV —

La antijuridicidad material y la antijuridicidad formal en el injusto

El concepto de antijuridicidad material ha tenido diferentes significados, dentro de los que se halla por ejemplo la concepción de "daño público" del positivismo italiano con corte autoritario,⁸²⁶ sin embargo, actualmente se entiende por antijuridicidad material la exigencia de que la conducta lesione bienes jurídicos. En tal sentido ya antes se señaló⁸²⁷ que cuando la ley penal tutela bienes colectivos cuyos titulares sean la familia, la sociedad o el Estado, por lo general esos bienes serán indisponibles por otros de la forma que el tipo prohíbe (por ejemplo, la salud pública en los delitos contra la salud.) Y que el bien igualmente será "indisponible" en tal sentido cuando con independencia de la voluntad de su titular y aún en contra de ella, la ley penal tutele bienes individuales respecto de los que exista el interés público de protegerlos contra conductas que los pongan en peligro o los dañen. Por ejemplo, el homicidio y ciertas lesiones que imposibilitan la misión social de la persona. En esos supuestos, la conducta que pone en peligro al bien o materialmente lo daña fundamenta a la «lesión jurídica» como primer elemento de la antijuridicidad. Pero en muchos otros casos, la tutela penal del bien jurídico es "indirecta" dado que el interés tutelado no es el interés público a la conservación del bien jurídico como tal, sino el interés público de que no se dañe al particular en un bien cuya disponibilidad sólo él puede decidir. De aquí que el consentimiento válido de aquél para que se dañe o ponga en peligro a su bien sin lesionar a terceros, determina, como consecuencia lógica, la carencia de interés estatal. Cuando el titular del bien puede disponer válidamente de él y con esa facultad otorga eficazmente su consentimiento para que se dañe al bien, se podrá afirmar que existe el daño en un sentido "prejurídico". Pero de ningún modo se podrá sostener que tal daño exista en un sentido "jurídico". Porque sería imposible que de ese daño se derivara "lesión" cuando el propio interés del titular sea el de afectar a su bien del que, en el ejercicio de su libertad general de acción constitucionalmente reconocida, puede válidamente permitir que otro disponga de él. De lo que se sigue que en ciertos casos de bienes jurídicos «disponibles», podrá ser presupuesto necesario de la "lesión jurídica" la conducta que irroque un daño "prejurídico" a éstos, pero por sí misma no la agota. Y por ello, cuando el titular del bien disponible, consienta válidamente en que se le dañe o ponga en peligro a su bien sin afectar a terceros, la conducta que cause esa clase de daño no es lesiva ni puede ser antijurídica. Con base en todo ello se puede concluir que:

La lesión jurídica se configura como componente de la conducta antijurídica sólo cuando una conducta dañe o ponga en peligro a un bien jurídico indisponible por otros. O cuando la conducta dañe o ponga en peligro a un bien jurídico disponible sin el consentimiento válido de su titular; o contando con éste, pero con el sólo propósito de perjudicar a

⁸²⁵ *Ibidem*.

⁸²⁶ Zaffaroni menciona a Ferri en ese tenor; ver Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Ategorri y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 570.

⁸²⁷ *Infra.*, ver Número X del Capítulo Décimo.

terceros. Dicha lesión jurídica es la que la doctrina —siguiendo la tesis de Mezger⁶²⁸— ha identificado como "antijuridicidad material".

Por otra parte, la conducta que da lugar a la lesión jurídica es incapaz *por sí misma* para fundar la antijuridicidad en el injusto. Pues es ineludible que al darse la «lesión jurídica», además, se "ofenda al Derecho". Ello implica que la conducta ha de contrastar con la norma de determinación-valoración en la que se desdobra la norma prohibitiva que subyace en los tipos penales, pero la que sólo debe entenderse como norma de ordenación social cuando se le relaciona con las causas de justificación y la que así vale para todos. O dicho de otro modo, La conducta típica para ser injusta debe contradecir el deber de hacer o de abstenerse que subyace en los tipos penales, ya sean de omisión o de acción, porque no existe causa de permisión —justificación— que impide la ofensa al Derecho. La cual la doctrina ha identificado como "antijuridicidad formal". En efecto, en los tipos penales de acción la norma subyacente prohíbe un hacer, cual es realizar la conducta activa que describe o implica el tipo. Y de la cual el sujeto activo se debe abstener en respeto de no lesionar al bien jurídico que se tutela. En los tipos penales de omisión, la norma prohíbe que la persona se abstenga de cumplir el deber del posible hacer lo que se sanciona por omitir, para, igualmente, salvaguardar el bien que tutela el Derecho. Pero en cualquier caso esas prohibiciones sólo tienen validez si es que no concurre alguna causa que justifique la conducta. Y ésta salvedad pone de manifiesto el punto toral, *la disonancia de la conducta con el deber insito en la norma sólo será penalmente relevante si por una parte, en el caso concreto la conducta lesionó a un bien jurídico, como primer elemento de la propia antijuridicidad y por la otra, siempre y cuando tal conducta típica contrarie la norma de ordenación social como un todo según se desprenda del tipo penal en conjunción con la falta de aquellas causas de justificación*. Esto es, porque en el caso concreto falte causa que legalmente justifique la conducta típica. Con lo que se puede confirmar que la conducta "ofendió al Derecho".

De aquí que las normas de determinación-valoración solo se configuren mediante esas normas subyacentes de los tipos penales en conjunción con la ausencia de causas de justificación, de lo cual se extrae que la norma prohíbe la realización del tipo sólo cuando no haya causa de licitud que justifique su realización. La disonancia entre la conducta y las normas de determinación-valoración entendidas en ese amplio sentido es lo que también la doctrina ha denominado "antijuridicidad formal".

Y de aquí que también se diga que la conducta típica —jurídicamente lesiva de los bienes que se protegen por la ley penal (antijuridicidad material) — constituye un indicio de contradicción entre aquella y la norma prohibitiva que los protege, pero que la conducta materialmente lesiva no será antijurídica cuando aquella se ajuste a las circunstancias en las que la ley permite tal conducta porque el Derecho otorga preponderancia a un bien de mayor valor. (Esas circunstancias son conocidas como causas de justificación, de permisión o de licitud.)

Porque en tales casos podrá haber conducta "lesiva" pero ella no ofende al Derecho. Yerra entonces quien equipare la expresión "contradicción con el deber insito en la norma" —a que aludía el artículo 32 del anterior CPC—, con la contrariedad a una mera prohibición de abstenerse o de no actuar que subyace en cada tipo penal para proteger el bien jurídico. Ya que el contenido de determinación-valoración de las normas prohibitivas de los tipos sólo tiene sentido cuando se le correlaciona con el contenido de las normas permisivas de conductas típicas en el ámbito social del ejercicio responsable de nuestras libertades o del

⁶²⁸ Edmundo Mezger, citado por Günter Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sanchetti y Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1991, pp. 27 y ss.

cumplimiento de deberes que se desprenden de las causas de justificación. Ello es así, porque en circunstancias especiales el propio Derecho permite el comportamiento típicamente lesivo de un bien que de ordinario protege, con el propósito de salvaguardar un interés jurídico que reputa como preponderante. Y en tales casos el sujeto al ejercitar su derecho o cumplir su deber ajustándose a una causa de justificación no solo impide la contrariedad de su conducta con la norma subyacente de abstenerse o de actuar del tipo penal, sino que hace valer el Derecho mismo. Quien mata en legítima defensa lesiona al bien jurídico indisponible de la vida humana. Sin embargo, su conducta confirma al Derecho en vez de ofenderlo. Quien en situación de necesidad destruye una cosa ajena que permite salvar su vida o la de otro, lesiona el bien jurídico del patrimonio de un tercero que el ordenamiento positivo protege y tutela. Pero de ningún modo ofende al Derecho, sino que lo preserva al salvaguardar otro bien que el propio Derecho estima más valioso. En otras palabras, los bienes e intereses jurídicos, cualesquiera que sean sus titulares, pueden ser lesionados a través de una conducta típica y no por ello aquella se debe estimar necesariamente contraria a Derecho. Si el policía en cumplimiento de su deber detiene a una persona contra su voluntad porque ejecuta una orden judicial que la manda aprehender, lesiona con ello la libertad de la persona, pero a la vez cumple y reafirma el orden jurídico. De aquí entonces que al lado de la «lesión jurídica» se erija la «ofensa al Derecho» como parte esencial de toda conducta para que se pueda reputar como antijurídica.

Lesión jurídica (**antijuridicidad material**) y ofensa al Derecho (**antijuridicidad formal**) son pues los elementos para proclamar la esencia de la antijuridicidad de una conducta típica. Son esos componentes cardinales los que cualifican a la conducta típica como antijurídica. Y cuya existencia el juez y el intérprete deben verificar para afirmar que la conducta típica constituye un injusto.

Ahora bien, las nociones de "antijuridicidad material" y "antijuridicidad formal" son objeto de crítica con base en el irrefutable argumento de que el injusto es uno solo, sin que existan diversas clases de antijuridicidad. Y ello es correcto, aunque la cuestión parece ser más semántica que de fondo. Ya que el problema se corrige si en vez de hablar de "clases" de injusto o de antijuridicidades diversas se alude a aspectos representativos de un mismo concepto cuya manifestación material es la lesión de bienes jurídicos y su aspecto formal es la contrariedad de la conducta con una norma. Por lo demás, diferenciar esos relieves del injusto sí tiene una función político-criminal y de interpretación importante. Así, siguiendo a Roxin⁶²⁶ cabe apuntar: **1)** Mientras que el aspecto formal de la antijuridicidad solo se limita a afirmar la contrariedad de la conducta con la norma, contrariedad que es la misma en cualquier caso y que, por ende, no permite ninguna modulación del juicio de antijuridicidad. Por su parte, la idea de antijuridicidad material acepta que se tase la intensidad de la lesión de los bienes jurídicos en los casos concretos para efectos de la pena. El robo de mil pesos y el robo de un millón de pesos revelan exactamente la misma antijuridicidad formal —la contrariedad con la norma es igual— pero a la vez indican una distinta gravedad del injusto material —en tanto existe una diversa intensidad objetivo-material de la lesión jurídica—. **2)** Pero la idea de antijuridicidad material es igualmente apropiada para ponderar la pena legal de los diversos tipos según el resultado: como acontece con la punibilidad de las lesiones leves respecto de las que son graves. **3)** Asimismo, facilita apreciar la posibilidad de atenuantes para ciertos delitos según la mayor o menor intensidad de la lesión jurídica: como acontece en el homicidio simple

⁶²⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 321.

con relación al cometido en riña, en cuanto que el mismo contendiente al que se hiere es quien voluntariamente entró al terreno de la ilicitud de aquella manera y, además, con ello tácitamente asumió el riesgo de ser lesionado. Piénsese también en las razones de atenuación en los delitos cometidos con exceso de una base justificante. Así, comete delito quién lesiona o mata al excederse culpablemente en su conducta defensiva. Mas la intensidad de la antijuridicidad del homicidio o de las lesiones se atenúa penalmente por el legislador, en virtud de que el motivo de la acción de lesionar o de matar fue una injusta agresión a los bienes jurídicos de quien reaccionó más allá de lo necesario.

— V —

La relevancia de la conducta típica en el injusto

Desde Weizel, pero seguido por muchos otros destacados pensadores, como Maurach, Niese, Weber, Wessels, Bockelmann, Cousifo MacIver⁸³⁰, Zaffaroni⁸³¹, Roxin⁸³² y Jakobs⁸³³ se ha venido imponiendo la idea de que el injusto no es sólo objetivo, sino que el injusto es tan objetivo como subjetivo —y en tal sentido es personal—. Para ello se parte de la base de que para el Derecho Penal sólo importan como delitos las conductas que, además de típicas, son antijurídicas y culpables. Y de que así como en el análisis del delito, para decidir el injusto no se debe hacer abstracción de la lesión jurídica, tampoco se le debe examinar desvinculado de la conducta típica. Ello es así porque el Derecho Penal regula conductas, las que siempre se realizan en un marco de prohibición determinado. En un delito es la conducta junto con las demás condiciones típicas en las que aquella se realiza las que se valoran como antijurídicas. Y, por lo tanto, sobre esa conducta recae el juicio de la antijuridicidad del hecho. Claro es que en el ámbito general del Derecho puede haber sucesos que siendo antijurídicos, sin embargo, sean ajenos a una conducta relevante para el Derecho Penal. Ello va desde el comportamiento de un niño que destruye una cosa ajena, hasta ciertas conductas de los cónyuges que dan lugar a causales de divorcio. Desde la infracción de una regla de tránsito hasta el pago incompleto no doloso del impuesto debido. Pero es igual de nítido que en el Derecho Penal es la conducta típica la que se afirma que es injusta. Con base en ello se sostiene que para decidir el injusto se debe abarcar su objeto, que no es solo el carácter antijurídico que pueda presentar una conducta, sino, además, a la conducta típica misma que es antijurídica, con sus componentes objetivos y subjetivos.⁸³⁴ Y que lo mismo se debería decir de las circunstancias que impiden afirmar lo injusto de una conducta típica, es decir, cuando la persona actúe al amparo de alguna causa legal de justificación. La afirmación de que el injusto penal es objetivo sería pues impugnabile. La antijuridicidad es de carácter objetivo cuando se refiere al juicio abstracto de desvalor del hecho por contradecir la norma. Pero el injusto «penal» es otra cosa dado que éste es el objeto de valoración del juicio de antijuridicidad. Y porque, además, la conducta típica en el ámbito penal siempre envuelve un aspecto objetivo y otro subjetivo que hay que tener en cuenta en ese objeto de valoración. De aquí se extrae la consecuencia de que el injusto en el ámbito penal conllevaría entonces una

⁸³⁰ Citados por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.

⁸³¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op. cit., p. 575.

⁸³² Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 554 y ss.

⁸³³ Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 423 y ss.

⁸³⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 558.

valoración que se hace de la conducta típica que se reputa antijurídica y que para ello toma en cuenta los elementos materiales, normativos y subjetivos de esa conducta en el ámbito del mismo injusto. Tan para sostener —o negar— la relevancia penal del injusto según se colmen —o incumplan— las condiciones para ello. Como para excluir o sostener el mismo injusto en los casos de justificación que señala la ley.

Ahora bien, en el primer aspecto debe coincidir con la tesis aludida de que la valoración subjetiva del injusto es ineludible, ya que para poder afirmarlo es preciso que antes se dé la tipicidad la cual requiere necesariamente de la existencia del dolo en la conducta típica como límite racional que se impone al poder punitivo del Estado. (Y aún así, sin que ello apareje sostener que la conducta típica de la que se predique que no constituye injusto porque esté ayuna de dolo o culpa, no pueda ya originar consecuencias adversas en otros campos del Derecho como conducta antinormativa lesiva de bienes jurídicos, es decir, como conducta antijurídica penalmente irrelevante.) Sin embargo, en el segundo aspecto no debe llegarse a la misma conclusión —aún cuando ésta parecería ser la consecuencia lógica de aquella postura—, es decir, no se puede coincidir con la necesidad de estimar el carácter subjetivo de la conducta en la configuración de las causas de justificación, de tal suerte que las mismas no se actualizarían cuando faltare el conocimiento de actuar conforme a ellas. Según tal tesis, también sería preciso que el autor actuara con conocimiento de aquellas otras circunstancias por las que el Derecho permite o justifica la conducta lesiva para que éstas pudieran operar en favor de aquél como excluyentes de delito. Así, conforme a dicha postura, si en la legítima defensa el sujeto ignora las circunstancias que dan motivo a lo que aparece como su repulsión de la ilícita agresión o cuando cree erróneamente que ya cesó la agresión y enojado de todas suertes lesiona a su agresor o cuando emplea sin más la violencia, entonces es claro que el sujeto no tiene la voluntad de actuar conforme a la exigente y ésta no se conformaría. Los actos de defensa no se legitimarían sólo debido a la repulsión racional del carácter desvalioso con el que se conduzca el atacante. Esto es, porque objetivamente medie una agresión actual o inminente y sin derecho, ante la cual se dé una acción que objetivamente impida de manera racional la lesión jurídica. Sino sólo cuando, además, el agredido perciba la ilícita agresión que le motive actuar de esa manera. Con base en tales consideraciones se ha visto la razón por la cual sería típica y antijurídica la conducta de quien mata a otro ignorando que éste, en ese momento, ya le apuntaba con su arma y se aprestaba a matarlo. Pues es claro que en tal evento y de acuerdo con tal postura no se configuraría la legítima defensa ya que el agente no tuvo conocimiento de la agresión, ni actuó, por ende, con la voluntad de defenderse. Y, asimismo, conforme tal tesis podría añadirse que dicho conocimiento —e implícito contenido de voluntad— son tan importantes que definirían el injusto en casos concretos. Como por ejemplo: la decisión de si hay o falta la antijuridicidad de la conducta cuando se da el ejercicio mutuo de conductas violentas —como dato objetivo— no sólo dependerá de tal dato, sino del contenido de la voluntad de cada cual, según el sujeto haya tenido la voluntad de reñir o la voluntad de defenderse de una ilícita agresión.

— VI —

**La crítica a los elementos subjetivos en las causas de justificación
Y a la tesis de que el error acerca sus circunstancias fácticas es causa de atipicidad**

¿Pero sistemáticamente hablando es correcta la postura que se expuso en la segunda mitad del párrafo anterior? ¿Y es ella realmente aceptable en el contexto de un estado de derecho, donde al mismo Derecho Penal se le conciba como limitador racional del poder punitivo? La tesis de los elementos subjetivos del injusto tiene aspectos que son válidos. Pero una cosa son los elementos subjetivos del injusto y otra la es los elementos subjetivos en las causas de justificación —que es la contraparte del injusto—. Y es que el traslado de los elementos subjetivos del injusto a las causas de justificación plantea objeciones difíciles de superar. Así, es admisible que para la existencia del injusto se exija el conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan positivamente, las cuales no son otras que las que configuran al tipo. En tanto que dentro de él está el dolo que se erige como un límite racional frente al poder punitivo y que se corresponde con el carácter subsidiario del Derecho Penal como reductor racional de un poder punitivo irracional que coloca a la acción de una persona en el centro de los problemas dogmáticos del delito y porque si no se dan estos presupuestos difícilmente podría hablarse luego de culpabilidad. Pero el problema es diferente cuando se trata de valorar la antijuridicidad, porque en ella no se tiene aún que verificar si el sujeto tuvo la posibilidad de motivarse por la norma —posibilidad de motivación que presupone necesariamente al dolo o la culpa—, sino sólo tiene que examinarse que al darse la conducta típica en el mundo de relación falta en el caso concreto una causa que la justifique, lo que precisamente permite confirmar de manera definitiva la contrariedad objetiva de esa conducta con la norma prohibitiva. En tal sentido, tan es verdad que el injusto involucra a los elementos objetivos y subjetivos que conforman al tipo y que permiten valorar la contrariedad de la conducta lesiva con la norma prohibitiva del tipo cuando falta causa de justificación; como igual lo es que el juicio de antijuridicidad de esa conducta es objetivo, en tanto que él se da después de verificar la tipicidad de la conducta y que está ausente una causa de justificación. Y en cuanto que —con relación a ese caso concreto— tal juicio se limita a confirmar la contrariedad objetiva de la conducta lesiva con la norma de valoración o determinación que se desprende de la norma prohibitiva insita en el tipo, sin que para ello tenga que examinarse si el sujeto conocía o pudo conocer la contrariedad de su conducta con el Derecho; esto sólo se podrá dar en los contados casos en los que la figura típica contenga expresiones que necesariamente involucren el conocer que se actúa contra Derecho. Pero aún en esos supuestos típicos, el conocimiento de la contrariedad de la conducta con la norma será exigencia del dolo como elemento del tipo en sentido estricto, pero de dicho saber ya no tendrá que ocuparse el juicio del injusto en tanto a aquél ya lo atrapó el juicio de tipicidad que involucra al mismo dolo que se debió proyectar sobre los elementos objetivos —materiales y normativos— del tipo. De esta manera, el elemento subjetivo del injusto no va más allá del dolo del tipo penal que concrete la persona.

Sin embargo, la tesis de los elementos subjetivos del injusto falla cuando a los elementos subjetivos del injusto se les traslada a las causas de justificación, por las razones siguientes:

Primera. Porque salvo el cumplimiento de deberes, las causas de justificación son derechos de las personas y en la visión de un Derecho Penal que actúe como reductor del poder punitivo estatal no solo nadie tiene por qué saber que ejercita un derecho para que ese derecho exista, sino que tampoco nadie tiene por qué conocer qué es lo que hace para que exista el derecho. Zaffaroni se opone francamente a ello, quien señala: (...) nadie tiene que conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de

derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo.⁶²⁵ Y es que si se hiciera depender la existencia del derecho en el conocimiento de las circunstancias en que él se ejerce, se llegaría al absurdo de apreciar, por ejemplo, que quien profese alguna religión cuyos ritos desconozca o confunda por error, deba estimársele ayuno de ese derecho —que le reconoce el artículo 24 de la C.— esto es, de profesar su creencia religiosa y de participar o practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo.

Segunda. Porque la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación pasa por alto que éstas se dan dentro del gran universo de nuestras libertades —y de deberes ciertos—, mientras que los tipos penales y sus normas prohibitivas —de no hacer o de abstenerse de hacer en cierto sentido— constituyen excepciones expresas que son meras islas pequeñas en ese gran océano de conductas libres del ser humano y que por ello los tipos que las prevén deben delimitarlas con todos sus elementos objetivos y subjetivos. Y que aún así, las normas prohibitivas subyacentes en aquellos tipos todavía se demarcan más en tales pequeños islotes cuando en el caso concreto al realizarse el tipo se dé una causa de justificación que impida la antijuridicidad de la conducta. Las causas de justificación no son pues excepciones a las normas de determinación-valoración que surgen de los tipos penales; sino que por el contrario, son confirmaciones del ejercicio de nuestros derechos o del ejercicio de deberes que impiden que el poder punitivo se finque cuando se dé una conducta típica pero ajustada a Derecho —al arreglarse precisamente a las condiciones de la causa justificante misma—. Las causas de justificación son trazos de circundan a los pequeños islotes en la metáfora del gran mar de nuestra libertad general de acción; pero cuyas líneas están fuera de las órbitas típicas a las que sólo cifen para delimitarlas mejor. De aquí que se explique por qué es exigible el ánimo de refir para la punición atenuada de la riña, ya que en tal caso se está en el terreno del tipo y de un dolo o elemento subjetivo específico de tal modalidad típica que funciona como limitador racional del poder punitivo; pero ante la ausencia de la voluntad de refir y la presencia de la de matar o lesionar, no tiene por qué exigirse también que haya el conocimiento de la agresión para que se dé la legítima defensa si acaso concurren las demás condiciones que la constituyen.

Tercera. Porque la función preventiva que tienen los tipos penales es tratar de evitar situaciones sociales indeseables, misma que no puede trasladarse sin más a las causas de justificación, las que no tienen esa función preventiva sino precisamente la de impedir en situaciones concretas las citadas situaciones sociales indeseables haciendo prevalecer el Derecho y el disfrute de nuestros derechos ante situaciones de conflicto de intereses. Zaffaroni cita a Nino en Argentina, quien señala: (...) el estado de necesidad, la legítima defensa y cualquier otro ejercicio de derechos, justifican la respectiva acción, con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente. Esta conclusión está impuesta por la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una degradación moral del agente, sino a evitar situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión injusta, no da lugar a una situación social indeseable que el Derecho trate de prevenir, cualquiera que sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.⁶²⁶

⁶²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 575.

⁶²⁶ Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.

Cuarta. Porque la exigencia de elementos subjetivos para que se den las causas de justificación presenta serias objeciones sistemáticas no resueltas por sus partidarios. Así, Zaffaroni señala: (...) dado que el agente que desconoce [que obra al amparo de una causa de justificación] actuaría antijurídicamente, sería posible actuar justificadamente a su respecto: el que impide que otro dispare a través de una ventana sobre una persona inclinada, ignorando que está estrangulando a un tercero, podría ser muerto por quien quiere la muerte de la víctima de estrangulamiento, en legítima defensa del estrangulador.⁴³⁷

Quinta. Porque mientras el tenor de las causas de justificación o su aforo regulativo material no exija elementos subjetivos y estos no cumplan una función racional reductora del poder punitivo estatal, no hay porque demandarlos. Así la necesidad del dolo en el tipo se justifica como límite racional al poder punitivo respecto de conductas que el legislador amenaza con pena, pero la inexigencia de los elementos subjetivos de las causas de justificación es por igual congruente con esa tesis limitadora racional del poder punitivo, con la cual precisamente no se condice la reclamación de tales elementos subjetivos.

Sexta. Porque —en estricta dogmática de la ley penal coahuilense— sólo de esa manera se explica que el CPC distinga entre el error de tipo —que afecta a la tipicidad— y el error de prohibición —que atañe a la culpabilidad— como excluyentes de delito,⁴³⁸ y que precisamente dentro de la última excluyente se comprenda de manera expresa a la equivocada «representación» de circunstancias que habrían justificado la conducta,⁴³⁹ la cual en el último estrato —culpabilidad— ya opera como limitante racional del poder punitivo estatal.

Séptima. Porque incluso en el supuesto —sin conceder— que la representación errónea de las circunstancias fácticas de una causa de justificación debiese ser tratada como un caso al que le resulte aplicable por analogía el error de tipo y no el error de prohibición, dados los términos en que conciben a esa excluyente de delito los artículos 15-VIII-B) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF; esto es: *“...porque [el agente] crea que está justificada su conducta”*; pues a diferencia del CPC, el tenor de las mismas no involucra necesariamente la errónea representación de las circunstancias fácticas que den motivo a las causas justificantes y el *“creer que está justificada la conducta”* podría referirse nada más a la valoración errónea de que la conducta está justificada — y en tal sentido dichas excluyentes estarían “abiertas” (lo cual de por sí es dudoso)—. Y aceptando igualmente que ello no sería sino actuar en congruencia con una exigencia racional limitadora del poder punitivo en tal aspecto, pero no ampliatoria del mismo en su contraparte que a la vez se opone a la concepción del libre ejercicio de nuestros derechos con independencia de que se les conozca o se sepa de las circunstancias en las que se ejercen. Con lo que dicha limitación racional se sustentaría así en que por una parte en la defensa putativa ya no se trataría de que aquella sea en sí legítima dado que la agresión no era real, pero sí de circunstancias fácticas que en ese ámbito no representan diferencia alguna con el error de tipo sobre circunstancias de igual índole que fundamentan la exclusión del dolo y la ausencia de tipicidad. Consecuentemente, aunque por analogía la conducta sería atípica y no punible, quedaría la interrogante si de

⁴³⁷ *Idem.*, op. cit., p. 575

⁴³⁸ Inciso b) de la fracción VIII de los sendos artículos 15 y los artículos 66 del CPF y el CPDF, y artículos 48-fracción I y 51-fracción I del CPC.

⁴³⁹ *Idem.*

todos modos continuaría siendo antijurídica para los demás efectos legales. Sin embargo, aún admitiendo todo lo antes dicho, cabe pensar en los eventos donde el error sea vencible y el mismo recaiga en un tipo penal que admita la culpa —por ejemplo durante la noche lesionar a quien de improviso se acerca con un arma en la mano, sin advertir que es el velador vecino que quiere avisar de un intento de robo—: ¿Cómo sería posible fundar el error en la culpa cuando realmente el sujeto sí quiso el resultado que produjo? Ya Muñoz Conde lo deja entrever que es en esta última solución donde sí hay una incongruencia metodológica y político-criminal.⁶⁴⁰ Porque no parecería lo más indicado sancionar como culposo el error, ya que no se trata en realidad de que el resultado de muerte fuere previsible dadas las condiciones en las que actuó el putativo defensor. Ni de que éste violó un deber de cuidado determinante en la producción de un resultado no aceptado. Sino de que aquél quiso y logró el resultado. Por lo que en tal caso la fundamentación culposa del error vencible simplemente no se podría dar.

Octava. Porque no se puede coincidir con las soluciones que dan quienes sostienen la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación para fundamentar un homicidio en grado de tentativa con base en el puro desvalor de la acción en el caso de quien dispara contra otro ignorando que en ese preciso momento aquél estaba a punto de matarle ilícitamente con igual medio. Aunque tampoco es aceptable la postura que sostendría la imposibilidad de lesión jurídica respecto al agresor porque la acción injusta que éste emprende haría que se desvalorara el bien jurídico de su vida, la cual en ese momento y por tal motivo carecería de la protección que le da el Derecho. En efecto, esta última orientación olvida que el Derecho justifica una acción de defensa en virtud del principio de la protección individualizada de bienes jurídicos —en el marco del ejercicio responsable de nuestra libertad— cuando se dan las condiciones de una defensa legítima, pero ello no significa que el Derecho deje de considerar valiosa la vida del atacante como vida de un ser humano. De ser así para nada habría que exigir —como sí lo hace la ley— precisamente la necesidad y la racionalidad de la defensa como condiciones para que ella sea legítima, ya que de todas suertes a partir de la ilícita agresión ya no habría un bien jurídico digno de proteger por el cual ya no habrían de darse aquellas condiciones. Pero sin que tampoco se pueda compartir la solución apuntada por Roxin, quien con base en el desvalor de la acción sostiene que aquella conducta se debe sancionar como tentativa punible.⁶⁴¹ Porque simplemente tal solución es incongruente con las condiciones que exige el Derecho Penal Mexicano para la tentativa punible. Pues ésta siempre involucra una acción peligrosa para el bien jurídico, pero no el daño del mismo como sucede en el caso, e igualmente la tentativa también requiere que no se dé el resultado o el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, cuando en la especie precisamente ese resultado y la consumación sí se dan. Por ende, la solución sería artificial y discrepante con la estructura misma de la figura típica de la tentativa diseñada por el legislador mexicano y, asimismo, ajena al principio del necesario peligro de bienes jurídicos protegidos que se exige para la configuración de los delitos en grado de tentativa, pues en aquellos casos más que el peligro de lesión ya se da en sí una lesión al bien jurídico.

⁶⁴⁰ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 56.

⁶⁴¹ Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Los tipos abiertos...*, op. cit., pp. 269 y ss. Asimismo, en *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, op. cit., p. 597.

Novena. Porque no quita nada a lo dicho que el error sí se deba tomar en cuenta cuando se creé incorrectamente que se actúa en cumplimiento de un deber, debido a una equivocada percepción acerca de las circunstancias del hecho que se traduzca en incumplimiento típico penal del mismo deber. Por ejemplo, el policía que al cumplir una orden judicial de aprehensión detiene a la persona equivocada debido a confusión de identidades o de domicilios. Ya que aquella exigencia se sostiene porque aún no se está en el ámbito de una causa de justificación, sino en el espacio del tipo penal que correspondiese por el incumplimiento del deber, en el cual el dolo debe existir al realizarlo, mismo dolo que se impone como una exigencia racional, la cual, además, impide de esa manera un poder punitivo irracional del Estado. Como asimismo, cuando ya no se esté en el ámbito del tipo, también debe reconocerse que tratándose del cumplimiento de deberes, cuando el sujeto sabe que la orden que debe cumplir es formalmente incorrecta, de todas suertes el acatarla es conforme a Derecho mientras aquella no sea notoriamente arbitraria, aquél carezca del poder de inspección y el mismo Derecho dé a otro la competencia de enmendar el error; pues de lo contrario, el conocimiento cumple una función limitadora racional del poder punitivo respecto del servidor público que llegare a negarse a acatar la orden arbitraria. Y es que por lo general se incurre en el error de estimar que si hay un arranque antijurídico de una conducta, también debería ser antijurídica la conducta de otro que se apoye en aquella, cuando ello no es así en la medida que la diversa conducta se ajuste a lo que la ley llegue a regular respecto a los deberes del ejecutor. Y también en ese sentido el injusto es personal.

— VII —

La necesidad de la valoración ex-ante de las causas de justificación

Más de todo lo expuesto también se perfila la necesidad de que se valore "ex-ante" la concurrencia de una causa de justificación, punto en el que parece coincidir la mayoría de la doctrina actual en sus diversas corrientes. (Aunque se arriba al mismo con base en razones que a veces son sustancialmente opuestas.)⁴⁴² *La valoración ex-ante de una causa de justificación apareja que las circunstancias fácticas que le den motivo al momento de la acción sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante.* De tal modo que a cualquiera que se imagine en las mismas circunstancias le resultase intolerable que su conducta se estimara antijurídica porque a posteriori resulte que esas circunstancias indicaban una situación ajena a la realidad. Tal postura conlleva a apreciar el motivo —objetivo— de la causa justificante con independencia de cómo lo haya captado quien actuó con base en él, salvo los conocimientos especiales que aquél pudiere tener acerca de la naturaleza de las circunstancias motivantes. Pero asimismo apareja decidir la contrariedad o no contrariedad a la norma de la conducta lesiva con base en la apreciación de un observador imparcial del motivo que dio pie a la intromisión lesiva, esto es, según las circunstancias reales que concurrieron al momento en el que se realizó la conducta típica. Lo cual significa que A actuará en legítima defensa si B dispara su pistola —sin derecho— dos veces contra aquél logrando herirlo y

⁴⁴² Ver por ejemplo a Fernando Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 398 y ss.; Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, op. cit., pp. 569 y ss.; Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Soriano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 427 (aunque con algunas anotaciones en la legítima defensa de cuando se cree erróneamente que ya cesó la agresión y se lesiona al atacante.) Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 587 y 588. Y por todos los demás, Carmen Raquel Conde, *La Legítima defensa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

antes de que B vuelva a disparar A lo mata de un tiro, aunque luego resulte que B ya había agotado las municiones de su arma. En tal caso, el juicio ex-ante sólo sufriría excepción cuando A ya supiese cuántos cartuchos hábiles tenía el arma del agresor. El juicio ex-ante se debe formular por un observador imparcial —que sería el juez— y por lo general se realiza con independencia de lo que sabía el autor, salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo que da pie a la excluyente. Las circunstancias —que sí son reales— se valoran al momento de la acción justificante y aquellas deben indicar razonablemente que existe el motivo para que se dé la excluyente, casos en los que se debe sostener que se obró con el derecho o el deber de actuar conforme a la causa justificante de que se trate. De no ser así se decide que la conducta lesiva fue contraria a la norma, esto es, antijurídica. Como se podrá observar, la postura anterior se mantiene dentro de un juicio objetivo de la antijuridicidad de la conducta pues aquél no se decide con base en el conocimiento de las circunstancias que constituyan el injusto, salvo conocimientos especiales, más si remarca que el injusto no se decide en razón de la mera lesividad que origina la conducta, sino, además, de su contrariedad con la norma de determinación-valoración, misma que se fija de acuerdo con pautas válidas para todos. El que la persona pueda o no pueda conocer tal injusto y su relevancia penal es una cuestión que ya corresponde al juicio de culpabilidad, cuyo objeto de valoración es, precisamente, la conducta que se desareglia con la diversa norma de motivación también insita en el tipo y la cual sólo vale para quien la conozca o haya estado en condiciones de conocerla, esto es, haya estado en un contexto de comunicación con la norma motivadora al saber o poder saber el carácter penalmente prohibido de su conducta y, con base en ello y en otras circunstancias pudo obrar de otro modo.

Empero, a dichas conclusiones parecerían oponerse los artículos 15-V-VI del CPF, 29-IV-V del CPDF y 44-II-III del CPC que señalan que han de ser “reales” tan la “agresión” que motiva la legítima defensa, como el “peligro” que da lugar al estado de necesidad, lo cual aparejaría negar que esas excluyentes de delito se den en cualquier caso en que en una valoración “ex-post” resulte que la agresión o el peligro no eran reales, aunque todo indicara lo contrario al momento de realizarse la conducta. Sin embargo, la interpretación de que la agresión y peligro sean “reales” depende del contexto en que se deba entender esa expresión legal; pues tal contexto se sitúa en un marco más amplio, el de la ordenación objetiva por parte de la ley de las conductas que se han de estimar contrarias o conformes a Derecho. En efecto, se debe partir de que las circunstancias que se valoran al momento de la acción sí son “reales” y ellas de por sí son las que deben indicar razonablemente —a los ojos de un observador imparcial del hecho— que existe el motivo objetivo (que respecto de aquellas excluyentes es la agresión o el peligro del bien) para dar pie a la causa justificante.

Éste entendimiento no rompe así con el principio de que la antijuridicidad es objetiva, aunque sí evita la falsa creencia de que para aquél juicio lo decisivo sería el peligro o lesión, más que la contrariedad de la conducta con la norma; cuando lo decisivo es que la conducta que realice la lesión contrarie la norma o se ajuste a ella en las circunstancias y con las condiciones del supuesto que la regule. Pero asimismo la postura que aquí se sostiene se aparta de la doctrina actualmente dominante y sigue en este punto a Zaffaroni⁶⁴³ y a Requejo Conde⁶⁴⁴; Porque la solución que se propone no reconduce el problema al ámbito de las justificantes putativas que debieren ser tratadas como errores invencibles ya sea de tipo o de prohibición. Sino que examina con objetividad los casos en que la conducta es todavía conforme a Derecho. Ya que de nada

⁶⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Stokar, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 587 y ss.

⁶⁴⁴ Carmen Requejo Conde, *La Legítima defensa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 352 y ss.

servirían las normas reguladoras de conductas si en ese primer contexto se desatiende a la conducta y las circunstancias —reales y objetivas— que aparecen como suficientes para darle pie y las que de acuerdo con la ley deciden que aquella es conforme a Derecho. Lo que se resuelve con independencia de que luego resulte que era diferente el motivo real y objetivo que le dio lugar.

Así, por ejemplo: si no se duda en conceder una eficacia eximente de pena al sujeto ilegítimamente agredido con un arma que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que "ex-post" se comprueba como su agresor real; no se ve entonces razón suficiente para que se le niegue ese derecho a quien actúa de la misma forma frente a una agresión igual que ex-post resulta falsa. *Ya que el Derecho debe valorar esa conducta frente a esas circunstancias reales al momento en que ellas aparecen dándole origen, para así decidir su contrariedad o conformidad al mismo.* Negar en aquellos casos la licitud de la conducta es hacer nugatorio el sentido jurídico de las causas de justificación como normas de determinación-valoración de conductas que circundan y acotan a las normas prohibitivas a efecto de prevenir situaciones indeseables socialmente y convertirlas a la vez en una lotería de justicia. Y ello es así por tres razones:

Primera. *Porque la validez de esas normas de conducta ya no dependería de que las conductas mismas se ajusten a la norma, sino del resultado que originen aún ajustándose a la norma.* O dicho de otro modo, el ajuste o la contrariedad a Derecho de una conducta ya no dependería de su valoración al momento en el que ella se realizó y según las circunstancias que aparecen como dándole pie, sino pendería del azar según las circunstancias concurrentes verificadas ex-post, acerca de la realidad o irrealidad intrínseca del motivo que dio lugar a la justificante. Una visión como ésta emularía la postura de sancionar por el resultado olvidándose de la conducta. Pues vería tan solo la lesión, pero desatendería la ofensa: aun cuando la antijuridicidad es lesión que ofende al Derecho, precisamente, porque la conducta además de ser lesiva, es contraria a la norma.

Segunda. Porque entonces se trataría de normas con un discurso doble, antagónico e irracional. Por un lado permitirían la conducta, pero por el otro no la permitirían, aunque ya no por ella misma, sino por circunstancias que aquella no dio lugar y que sólo pueden verificarse ex-post y no antes de la conducta misma que aquellas regulan con relación al motivo que le da lugar.

Tercera. Porque el sujeto agredido no tiene por qué esperarse a verificar la autenticidad de la agresión a costa del bien jurídico que resulte dañado por la espera, porque entonces se trataría de normas que impondrían observar a los individuos conductas heroicas y sin sentido justo, ya que habrían de salvar los bienes jurídicos de otro aún a costa de los propios y sin que importara la propia conducta antijurídica de aquél otro.

Y es que —dice bien Carmen Requejo Conde—: intentar conocer totalmente la realidad es una pretensión ingenua. El conocimiento humano y la realidad que nos transmite son siempre limitados e imperfectos. Por esto y con relación a la valoración ex-ante de la conducta que sea contraria a la norma —señala Carmen Requejo Conde— (...) ciertas verdades aún limitadas e imperfectas hay que considerarlas como tales en cuando se basen en una evidencia directa de la realidad percibida dentro de las limitaciones del conocimiento humano, sujeto por ello a un margen de error inherente a él... Y más adelante la autora española agrega (...) Todos estos elementos de juicio el Derecho los debe valorar para la atribución de un hecho y la calificación de que la

conducta se ajusta a la norma prohibitiva. Para después concluir: (...) No es posible hablar de un conocimiento infalible del hombre respecto a la realidad externa. Fuera del ámbito de la conducta correcta no es posible hablar de verdad ni de error. Igualmente, lo que para el sujeto que actúa puede ser verdad, quizá no lo sea para el afectado, por lo que la tarea de las reglas de conducta es establecer reglas que exijan la búsqueda de la verdad protegiendo también el interés de los terceros. Es por ello preciso establecer el ámbito de la actuación correcta, [con] un criterio con validez y aplicación para cualquier persona...".⁸⁴⁶ Mismo que sea congruente con el sentido de esas conductas. Por último, la regulación en el CPF, el CPDF y el CPC del cumplimiento del deber como causa de justificación (artículos 15-VI, 29-V y 44-IV, respectivamente), demuestra que aquél opera como causa justificante aunque el contenido de la orden que se haya de cumplir no se ajuste intrínsecamente a Derecho, siempre y cuando se emita por quien tenga facultades legales para dar una orden de esa naturaleza en su contenido y forma y que se cumpla por quien esté jurídicamente obligado a ejecutarla, por lo cual su antijuridicidad no ha de ser notoria. El policía actuará conforme a su deber si ejecuta una orden judicial de aprehensión que le compete cumplir, aunque luego un amparo invalide la orden porque ésta no se ajustó a las condiciones de fondo del artículo 16 C.; lo mismo sucede cuando el juez condena de acuerdo con pruebas que hasta ese momento evidenciaban legalmente la culpabilidad del inculcado, aunque luego aparezcan pruebas supervenientes que demuestren la inocencia del sentenciado. Y más aún respecto a la privación de la libertad que hacen cumplir los encargados de la prisión al ejecutar la sentencia. Y dada esta regulación legal respecto al cumplimiento de deberes y la obediencia jerárquica, es absurdo que respecto de algunas causas justificantes fuere determinante sólo el juicio ex-post, mientras que para otras éste juicio no importe, más aún cuando todas esas causas se hallan en la misma ley e incluso en el mismo artículo y regulen una misma consecuencia: la falta de antijuridicidad.

Ya Tomás de Aquino, citado por Fernando Molina Fernández, se planteó la cuestión de si pecan el juez o el verdugo que matan a un inocente que creen culpable. La respuesta que daba Sto. Tomás es que: (...) el juez no peca al dictar sentencia según los datos que tiene, puesto que no mata él a un inocente, sino a aquél que según todas las pruebas parece culpable. En cuanto al verdugo, si sabe que la sentencia del juez está basada en un error, no debe obedecer. (...) Más si no es clara la injusticia, no peca al cumplir la sentencia, pues no toca a él el examinar la sentencia una vez dictada por su superior. En tal caso no es él quien mata a un inocente, sino el juez, de quien es sólo un ministro. Y bien señala Molina Fernández: (...) En tan breve párrafo toca Tomás de Aquino, con evidente acierto, algunos de los problemas que todavía hoy se siguen discutiendo en la causa de justificación de cumplimiento de un deber en general y en la obediencia debida en particular. En cuanto al juez, opta por el criterio de la valoración ex ante, reconocido por los propios ordenamientos procesales. En cuanto al verdugo, distingue muy adecuadamente los casos de órdenes de contenido manifiestamente antijurídico (pese a que el juez ha incurrido en un error que excluye su pecado), en los que no hay deber de obediencia, y los casos de orden sólo posiblemente injusta, en los que no le corresponde al subordinado la indagación acerca de este hecho, lo que coincide plenamente con la regulación habitual del

⁸⁴⁶ Carmen Requejo Conde, op. cit., pp. 354 y 355.

delito de desobediencia. Por último, también acertadamente, apunta que en estos casos el verdugo sólo sería un instrumento justificado (ministro) del verdadero autor, que sería el juez.⁶⁶⁶

— VIII —

La funciones del injusto y de su ausencia respecto al delito:

Las causas de justificación y su fundamentación general

El tipo penal y el injusto tienen una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se pueden estimar punibles. Esa delimitación es clara —aunque indiciariamente— respecto al tipo penal de cada delito. Como también es igual de nítida —con relación al injusto— siempre y cuando no haya un conflicto de intereses y por ende falta causa de justificación al darse la tipicidad. Pero la situación es algo distinta cuando al darse la tipicidad haya algún conflicto de intereses jurídicos o de bienes jurídicamente protegidos. Porque en tales eventos habrá que atender a las condiciones y límites de las causas de justificación para decidir la existencia o inexistencia del injusto. Y precisamente resulta que la fundamentación de las causas de justificación es mucho más amplia que la de los tipos penales, en tanto que aquellas se refieren no a uno sino a todos los tipos penales de delitos e incluso van aún más allá de la clase de delito de que se trate. Pues por más que esas causas de justificación tengan su aforo regulativo en los códigos penales, sin embargo, ellas se rigen por los principios ordenadores de todo el Derecho y no sólo por los que gobiernan al tipo en el Derecho Penal. A diferencia de los tipos penales, el principio *nullum crimen sine lege* no vincula al tenor literal de las causas de justificación. Simplemente, porque tal tenor literal no puede entenderse en la gran mayoría de los casos sin atender a la materia que restrinja a la norma prohibitiva en cada caso concreto según la causa de justificación que concurra. Piénsese en el ejercicio de un derecho con lesión de bienes jurídicos a través de una conducta típica y en el cumplimiento de un deber en la misma tesitura, cuyos contenidos dependerán en cierta medida de la materia del Derecho que regule al "derecho" y al "deber" cuyo ejercicio o desempeño se alegue en el caso concreto. O incluso en el estado de necesidad donde se confrontan bienes jurídicos que manan de diversas materias del Derecho y de ellas o de otras surja también la forma por la que el Derecho valora cuál interés es el preponderante para permitir la conducta típica dentro del gran marco general del ejercicio responsable de nuestra libertad. De esta manera, del principio de legalidad estricta que rige a los tipos penales y que modela su interpretación cerrada sólo ajustable en ciertos casos por la interpretación contextual orientada por los principios limitadores del estado de derecho, se pasa a otros principios más amplios de interpretación respecto a las causas de justificación. Lo cual se explica porque las causas de justificación se alimentan de todos los campos del Derecho y porque a la vez la gran mayoría de ellas se dan en el contexto general del ejercicio responsable de la libertad de acción constitucionalmente reconocida y la exigencia de mínima solidaridad social, entre otros principios. En la categoría del injusto se enjuicia pues la acción típica concreta que es injusta (antijurídica) por estar ausente una causa de justificación. Y por el contrario, la causa de justificación que parezca concurrir en el caso concreto se habrá de decidir de acuerdo con los criterios, principios y condiciones en los que se basa esa causa de justificación o licitud con relación al tipo penal en el que aquella se trate. Fundamentación que a primera vista se halla en las condiciones de las mismas eximentes

⁶⁶⁶ Fernando Molina Fernández, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 387 y 388.

que regulan los códigos penales, aunque en realidad muchas de ellas mismas implican la concurrencia de otras materias fuera del Derecho Penal y de criterios jurídicos cuya fuente no es exclusivamente penal. Por ello aunque se parta de su contenido literal, las causas de justificación no se someten en su interpretación a las exigencias de precisión tan estrictas que rigen para las figuras típicas. Y ello también apareja que en las causas de justificación pueda estar permitida la interpretación analógica y la mayoría de razón según sea la materia del Derecho a la cual se conecten.

Además de las funciones mencionadas que en parte refiere Roxin⁸⁴⁷, hay otras implicaciones del injusto y de la falta de injusto. En los casos de conflicto de intereses juega papel fundamental el principio del ejercicio responsable de nuestra libertad y el cumplimiento de deberes oficiales o de índole particular como obligaciones mínimas de solidaridad social que se derivan del ideal de un estado democrático o de derecho. Así, cuando en un evento de conflicto de intereses jurídicos alguien actúe antijurídicamente, la realización de esa conducta también involucrará un ejercicio irresponsable de la libertad de acción o una falta a los deberes oficiales o de las obligaciones mínimas de solidaridad social que impone el mismo Derecho. Esto es, habrá un comportamiento no tolerable y socialmente nocivo que invade la esfera jurídica de otro o que no evita la lesión al bien jurídico de otro debiendo y pudiendo hacerlo. Pero cuando alguien realice un tipo y concorra una causa de justificación, ésta fundamentará, además, un deber de tolerancia de la otra parte. Deber que en última instancia se motiva ya sea porque la lesión típica justificada se da en el ejercicio responsable del derecho de no tolerar intromisiones injustificadas o bien sea porque con ella se cumplen deberes oficiales o exigencias jurídicas de solidaridad social mínima que obligan a soportar la intromisión respecto de quien indebidamente intenta lesionar u omite hacer lo posible para evitar la lesión del bien jurídico de otro. Lo que hace que la resistencia del sujeto que debe tolerar sea contra Derecho y si encaja en un tipo constituya, además, un injusto. Por lo que la valoración político criminal siempre ha de tener presente ese doble aspecto (actio duplex) cuando se da tal clase de conflicto: Que la exoneración penal de uno en virtud de su conducta justificada tiene como consecuencia el carácter antijurídico de la conducta del otro que resista en vez de tolerar la intromisión. Aunque aquí cabe precisar que la postura de Roxin es más extrema. Para él, la resistencia del "otro" siempre aparejaría un "injusto" de su parte.⁸⁴⁸ Esto es, la relevancia típica penal de su conducta antijurídica. Criterio que no se puede compartir en su plenitud como luego se verá por qué. Pero de cualquier modo, el que alguien se amolde con su conducta típica a alguna causa de justificación implica la legítima permisión o mandato de una necesaria intromisión en los bienes jurídicos de otro, quien debe tolerarla; así como nadie tiene que tolerar una conducta antijurídica y menos cuando ésta consista en un injusto. O dicho de otra manera, todos tenemos el derecho de no tolerar las intromisiones antijurídicas a los bienes jurídicos propios y de terceros. Los supuestos, las pautas y la medida del ejercicio de ese derecho se dan en la propia ley respecto a las mismas causas de justificación.

Las consideraciones anteriores conllevan a que no se pueda oponer una causa de justificación a otra causa de igual clase o bien cuando sean antagónicas: No cabe legítima defensa contra legítima defensa o ésta contra un

⁸⁴⁷ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, pp. 219 y ss.

⁸⁴⁸ Claus Roxin, op. cit., *Idem*.

estado de necesidad, ni el ejercicio de un derecho frente al cumplimiento de un deber, etc. Sin que sea ocioso apuntar que el contenido de las diversas causas de justificación impide que puedan concurrir varias de manera simultánea —a través de la misma acción— y en tal sentido también son incompatibles entre sí, aunque ello no excluye que algunas en su naturaleza ya involucren en sí a otras, como por ejemplo, la legítima defensa es en sí un derecho y en opinión de muchos es, además, una causa especial del estado de necesidad. Igualmente, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimos conllevan el cumplimiento de un deber jurídico específico. Asimismo, es posible —y de hecho puede suceder con frecuencia— que dos causas de justificación se den en momentos sucesivos, como cuando un particular o un policía detenga en flagrancia a quien está cometiendo un delito —potestad emergente que concede a cualquier persona el párrafo quinto del artículo 16 de la C. y que la ley impone como deber al policía— y luego el detenido agrede al policía o al particular aprehensor, lo que motiva que éste tenga que herirlo para repeler la injusta agresión, con lo que se da la secuencia de primero actuar en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber y después en legítima defensa. Y finalmente, es posible que sea diferente la óptica jurídica de la intromisión de terceros o de la defensa de terceros en los eventos de causas putativas de justificación. Otra función de las causas de justificación —siguiendo en este punto a Roxin— (...) es que al aceptarse que sus fuentes pueden ser procedentes en cualquier ámbito del Derecho, garantizan la unidad y falta de contradicción del mismo orden jurídico. Y, por lo tanto, su efecto justificante tampoco vale sólo para el Derecho Penal. Sino para acciones no permitidas en otros ámbitos jurídicos de no concurrir la causal de justificación.⁴⁴⁰ Así sucede, por ejemplo, con las intromisiones justificadas en el derecho general de la personalidad, tratándose de testimonios en los procesos judiciales o de la intromisión en la misma libertad cuando se cita legalmente a alguien a comparecer ante la autoridad.

Las causas de justificación se basan en normas que ordenan o permiten la lesión jurídica. El ajuste a esas normas impide la antijuridicidad de la conducta. Por lo que después de conceptualizar cuándo es antijurídica una conducta y cómo se identifica al injusto en el ámbito penal, cabe hacer alusión a las excluyentes de delito que se sustentan en normas que ordenan o permiten la lesión jurídica, a las cuales se les conoce como causas de justificación o de licitud. Y las que, precisamente, impiden tal injusto y, por ende, al delito. Como son el cumplimiento de un deber (y dentro de él, a la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo), la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y la práctica de deportes violentos. Que son causas que no impiden la lesión jurídica como sí sucede en el caso del consentimiento válido del titular de un bien jurídico disponible para que se le dañe, donde por falta de lesión jurídica se excluye al tipo antes que al injusto. Sino que aquellas causas de justificación precisamente suponen normas que ordenan o permiten la lesión jurídica, faltando por ello la ofensa al Derecho (la contrariedad con la norma). Lo anterior también apareja que cuando se plantea una causa de justificación siempre habrá un campo de tensión entre tendencias en parte contrapuestas. Y en el cual para sustentar aquella son determinantes para la interpretación los criterios rectores que se extraen de las mismas causas de justificación y del Derecho en general. Por ejemplo: Por un lado, las potestades de intervención procesales y otras intromisiones de Derecho

⁴⁴⁰ Claus Roxin, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

Público en la esfera jurídica de las personas pretenden asegurar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado y, por ende, garantizarlas mediante una interpretación acorde con ese fin. Esto es, proteger al funcionario en el desempeño de su cargo e impedir la resistencia. Lo cual es una finalidad legítima. Pero por otro lado, la protección de la libertad individual frente a los excesos estatales no es menos importante y constituye una tarea interpretativa del mismo o superior rango. Indudablemente, el balance normativo no pertenece solo al Derecho Penal, sino que es codeterminado por datos previos del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional. Lo cual prueba —como dice Roxin— (...) que los distintos ámbitos del Derecho no están aislados entre sí; en tanto que se complementan y se apoyan recíprocamente.⁸⁵⁰

De todo ello también se sigue que las causas de justificación se pueden explicar mejor con el auxilio de diversos principios que se deducen de la regulación legal de aquellas causas en concordancia con las demás normas que ordenan los comportamientos dentro del Derecho pero siempre ubicadas en un espectro más amplio: *El de protección de bienes jurídicos en el ámbito del respeto al Derecho, del ejercicio responsable de nuestros derechos de libertad (autodeterminación individual) y de respeto a la mínima solidaridad social (solidaridad inter-subjetiva) en un estado democrático: como criterios rectores de primer nivel. Los principios ordenadores secundarios de que se habla son —de manera enunciativa— los siguientes: 1) El principio —como regla general— de que la acción típica que se pretenda justificar ha de ser racionalmente necesaria ex ante para la protección del bien jurídico en conflicto. 2) El principio de ponderación de bienes. 3) El principio de protección. 4) El principio del prevalecimiento del Derecho. 5) El aludido principio de autonomía o competencia responsable. 6) El respeto a la norma de intromisión por mínima solidaridad social que supone el estado de necesidad justificante. 7) Los principios de proporcionalidad y de preponderancia de intereses.*

Sin desatender que esos principios son enunciativos y se presentan en número y combinación diferente en cada una de las causas de justificación. Por ello, la doctrina dominante parece renunciar con razón a una fundamentación unitaria de las causas de justificación en tanto ellas no pueden ser explicadas sólo por un principio sin caer en generalizaciones demasiado vagas y poco útiles; sin que ello excluya el que se puedan ensayar criterios rectores de primer nivel y principios orientadores de carácter operativo de segundo nivel respecto a ciertos grupos de causas de justificación. En especial con relación a las que implican un estado de necesidad en sentido amplio y que comprenden al estado de necesidad en sentido estricto y la legítima defensa, donde por lo general se presenta un conflicto entre intereses jurídicos autónomos y cuyo fin es encontrar la razón por la cual se otorga al sujeto necesitado una facultad de salvaguarda que por lo general supone una injerencia típicamente relevante en la esfera jurídica de otro. Y ello es como se indica, porque esos criterios y principios generales ayudan a fundamentar el por qué el sujeto agresor o que resiente el daño debe soportar esa injerencia de salvaguarda que afecta su propia esfera individual de libertad. Así, ya se perfiló en los apartados anteriores de este capítulo que en el ideal del orden social justo que mana de la C., el ejercicio de nuestras libertades se enmarca en el de la autodeterminación responsable del ejercicio de las mismas —Estado liberal—, las cuales llegan hasta el correlativo derecho de los demás y de uno mismo —y por lo tanto de todos— de que otros no lesionen innecesariamente nuestros bienes jurídicos. Como también en ese orden social justo se asumen ciertos deberes mínimos de solidaridad social —Estado social— que tienen como fin el salvaguardar ciertos bienes jurídicos preponderantes. Valores del estado liberal y de estado social que se subsumen en el ideal del estado democrático o de derecho al que aspira nuestra C. al reconocer por un lado al individuo como sujeto autónomo portador de derechos y por el otro, al admitir que aquél junto con otros

⁸⁵⁰ Claus Roxin, *op. cit.*, p. 219

conforma al pueblo el cual es el constituyente del Estado a través de la C: cuyo poder se debe ejercer en beneficio del pueblo y con respecto a los derechos humanos y garantías que la misma C. reconoce a los individuos. (Artículos 1 al 29, 39 y 40 de la C.)⁶⁰¹ Pues bien, esos criterios rectores serán útiles en su momento para fundar y entender mejor las referidas causas de justificación. De las cuales me concreto enseguida a un repaso tal como están vigentes, así como de las implicaciones de las mismas de acuerdo a los principios que las pretenden fundamentar.

— IX —

El cumplimiento de un deber

A. La naturaleza del deber. Un Estado democrático requiere de la eficacia del Derecho para poder cumplir sus fines. La protección misma de bienes jurídicos sólo puede concebirse en el ámbito del respeto al Derecho, para lo cual él mismo impone ciertos deberes de solidaridad social a los ciudadanos y dota a la autoridad de ciertas funciones que debe cumplir para la consecución de tales fines. En ese marco se inscribe el cumplimiento de deberes, el impedimento legítimo y el ejercicio legítimo del cargo como causas de justificación. Los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC coinciden en disponer —en lo conducente— *que el delito se excluye cuando: “La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico...”*. Por lo que al ser de naturaleza jurídica el deber de obrar, bien sea del particular o del servidor público, aquél debe provenir de la ley y encontrar en ella su fundamento. Esto es, impuesto por la ley o que surja de una fuente legal en el mismo sentido. Los llamados deberes éticos, morales, religiosos o sociales no se pueden comprender como causas de atipicidad o de justificación. Ya que los deberes con cuyo cumplimiento es lícito lesionar bienes jurídicos ajenos son sólo aquellos que el Derecho eleva a la categoría de deberes jurídicos.

Una norma jurídica debe ser la fuente de donde mane tal deber de actuar en cierto sentido. Por lo que no tienen influencia para ello las concepciones o creencias personales o incluso grupales o sociales que se aduzcan como deberes éticos, morales, religiosos y sociales. Estas clases de deberes responden a motivaciones muy plurales y representan un personal modo de ser, de sentir, pensar o creer. El legislador debe proteger la libertad de creer y de profesar una religión, pero ninguna persona puede aducir una convicción personal, religiosa o comunitaria de lo que considera su deber para justificar la lesión ajena o no impedir tal lesión en su condición de garante de bienes jurídicos de otros, si acaso tal deber no lo impone el Derecho como una obligación de actuar en uno u otro sentido. Si se admitiera como lícita la lesión a bienes jurídicos con base en dichas clases de deberes morales, religiosos o sociales se anularían los fines propios del Derecho; Jiménez Huerta apunta: (...) se vendría a sustituir la ordenación objetiva de los intereses humanos [a través del Derecho] por un anárquico estado. En el que cada hombre tratase de imponer el personal modo de ser y de sentir que se deriva de lo que él estima como su deber ético, religioso o social. Los deberes éticos y sociales pueden ser reconocidos por la ley; pero entonces se convierten en deberes jurídicos. Y esto es lo único que

⁶⁰¹ Los caracteres de Estado humanista, social y democrático de derecho se reconocen actualmente de manera expresa en los artículos 2°, 3°, 7° y 27-V de la C. de Coahuila, mientras que en la C. federal esa reconocimiento no es expreso aunque sí claramente implícito no sólo en sus primeros 29 artículos, sino, además, con base en otros preceptos constitucionales como son —entre otros— los artículos 39 y 40 C., cuyo análisis corresponde más al Derecho Constitucional.

para el Derecho tiene trascendencia.⁶⁰² El deber puede dirigirse a cualquier persona o bien establecerse como una de las funciones inherentes a ciertos servidores públicos. Motivos por lo cuales —como se verá más adelante— no pueden dejarse de considerar a las fuentes principales del deber de actuar que se contienen precisamente en los códigos penales, en cuanto aquellos deberes de actuar fundan omisiones penalmente relevantes en los delitos de resultado (artículos 7° del CPF, 16 del CPDF y 34, 35 y 36 del CPC.) (Fuentes y posiciones de garante que ya se examinaron en el número VIII del Capítulo Décimo.) Como también se han de tomar en cuenta los supuestos en que a cualquier persona se le impone ese deber en los ámbitos descritos por los tipos penales de simple conducta omisiva. Como igual con relación al delito de revelación de secretos o comunicaciones reservadas (artículos 210 del CPF, 213 del CPDF y 381 del CPC) cuando la ley impone el deber de reserva (impedimento legítimo) según cierta actividad profesional, como es el de confidencialidad al cual se le conoce más como secreto profesional, como sucede con los profesionistas respecto de sus clientes, bien sea, ejemplificativamente, con la relación cliente-abogado, paciente-médico o paciente-terapeuta (artículo 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal); el secreto bancario (artículos 106-XX, 112-III, 117, 117 bis y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito), o el de reserva de la confesión para ciertos ministros religiosos (artículo 2-C. —con duda— de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público), el secreto industrial (artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial), etc. Más el deber legal puede derivar principalmente de un cargo público. Esto es, ser oriundo de las funciones que le compete realizar a un servidor público, que a veces se debe manifestar en órdenes y en otras en la ejecución de esas órdenes (ejercicio legítimo del cargo y obediencia jerárquica) que involucren realizar —aparente o realmente— los elementos de un tipo penal y en cualquier caso lesionar los bienes jurídicos de otros.

B. ¿Es el cumplimiento del deber jurídico excluyente de tipicidad o de antijuridicidad? La tradición dogmática trata el cumplimiento de un deber jurídico como una causa de justificación, orientación que permanece hasta el presente. Zaffaroni anota que el estimar el cumplimiento de un deber como causa de atipicidad fue siempre una postura minoritaria, y así se mantiene, sin embargo, él se suma a esa alineación con base en un argumento principal. El insigne penalista argentino observa que mientras el ejercicio legítimo de un derecho —que involucra las demás causas de justificación— importa un juego armónico y una prelación lógica entre la norma prohibitiva y el precepto permisivo, por su parte, el cumplimiento de un deber jurídico es una cuestión que debe resolverse dentro del ámbito de las normas prohibitivas. Y explica: (...) Cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacer lo que otro tipo prohíbe omitir, es claro que existe una aparente contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece.⁶⁰³ Y más adelante agrega que el cumplimiento de un deber que implica realizar una conducta que sin dicho cumplimiento sería típica: (...) no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo que proviene de cualquier parte del orden jurídico y que si el agente no se ampara en el mismo para realizar la conducta no sufre ninguna consecuencia jurídica porque esa alternativa también es su derecho. Datos de los que Zaffaroni deriva que: (...) La antinormatividad no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que

⁶⁰² Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, op. cit., p. 196.

⁶⁰³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alejo y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.

requiere la consideración *conglobada* de la norma deducida del tipo con las deducidas de los otros tipos penales. Los jueces no pueden admitir que los legisladores sean ciegos en una pinacoteca, aunque de hecho lo sean; por ende, *deben reducir racionalmente cualquier contradicción que surja entre normas prohibitivas, de forma tal que éstas aparezcan en un cierto orden normativo. A la luz de ese orden normativo se establece la antinormatividad y recién entonces queda libre el camino lógico para analizar en un paso posterior la antijuridicidad (prohibición), porque de una conflictividad lesiva imputable a un agente (antinormatividad) no surge todavía una prohibición.*⁶⁴ Sin embargo, de esas observaciones Zaffaroni concluye que *tan el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo siempre dan lugar a la atipicidad de la acción.*

Debe reconocerse que la teoría de Zaffaroni contiene una gran dosis de verdad. Es decir, su tesis de que el cumplimiento del deber jurídico y el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo excluyen al tipo o al juicio de tipicidad es en gran parte correcta, pero no del todo exacta. La tesis es puntual en cuanto es cierto que a diferencia de las demás causas de justificación —que suponen un derecho que puede dejarse de ejercer por su titular sin consecuencias jurídicas desfavorables para él—, el cumplimiento del deber y el ejercicio del cargo se imponen y no quedan a elección del obligado el incumplirlos sin sufrir consecuencias jurídicas adversas. Es igualmente cierto que el incumplimiento de muchos deberes —aunque no de todos— conlleva a la relevancia típico-penal de ese incumplimiento. Y, por último, es asimismo verdad que en muchos de esos casos *la tipicidad se excluye cuando el supuesto del tipo contiene o implica en sus elementos el incumplimiento de cierto deber o el ejercicio incorrecto de cierta función y se halla precisamente que sí se obró en cumplimiento de ese deber o sí se ejerció legítimamente esa función.*

En esos eventos el mismo supuesto típico penal ya contiene o implica como elemento típico propio el incumplimiento del deber o el ejercicio indebido de cierta función. Del modo tal que cuando falte tal elemento porque la persona actuó en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo del cargo, debe afirmarse necesariamente la atipicidad de la conducta.

Así sucede en las categorías siguientes:

1) *En los tipos penales que admiten su comisión por omisión (tipos penales de resultado por omisión).* Como por ejemplo el homicidio o las lesiones, en tanto que si el delito se comete por el garante con su omisión de la acción posible que evitaría el resultado —omisión de la acción jurídicamente "debida"—, al ser esa omisión elemento del tipo, antes que negar la antijuridicidad tendrá que afirmarse la atipicidad cuando se halle que falta aquella omisión porque precisamente se realizó la acción debida que según la posición de garante era posible de llevar al cabo. O dicho de otro modo, el sujeto que como garante falta a su deber de realizar la acción posible que evitaría el resultado comete homicidio y actúa antinormativamente, pero si la persona realiza la acción "debida" aunque en el caso concreto imposible de evitar el resultado tendrá que negarse la relevancia típica de la omisión y por tanto habrá atipicidad del homicidio.

⁶⁴ *Idem.*

2) En los tipos penales de simple conducta omisiva en cuanto imponen el deber de actuar en cierto sentido cuya omisión el tipo sanciona penalmente, porque habrá atipicidad cuando precisamente si se cumpla con el deber. Como por ejemplo la omisión de auxilio necesario o a quien se abstenga de consignar al juez a la persona que se encuentre detenida en los términos de la Constitución. O ejemplificado de otro modo, incurrirá en el supuesto típico del artículo 293-IV del CPDF, el servidor público de la procuración de justicia que no ponga a disposición del juez al retenido dentro del tiempo del que autoriza el artículo 16 C.; mas habrá atipicidad si aquél cumple con su deber poniendo al retenido a disposición del juez en los términos que le impone la C.

3) En los tipos penales cometidos por servidores públicos donde "específicamente" se sancione el incorrecto ejercicio de cierta función que a tales servidores le compete ejercer. Como sucede con el ejemplo anteriormente señalado en el número (2); así como en la mayoría —aunque no en todos— de los delitos cometidos por servidores públicos. Y no en todos, porque muchos de ellos sancionan el aprovechamiento de la posición del cargo para realizar conductas ajenas a la función (enriquecimiento ilegítimo y tráfico de influencias, por ejemplo); pero sin que la materia específica del tipo sea el ejercicio indebido de alguna función inherente al servidor. Y,

4) En los tipos penales que contengan expresamente como elemento normativo de desvalor las expresiones "indebida", "ilegalmente", "ilícitamente" o "injustificadamente", en cuanto ellas exigen que ya desde el tipo se verifique la contrariedad de la conducta con las normas jurídicas que regulan la materia de prohibición y, por tanto, tendrá que sostenerse la atipicidad cuando se halle que la conducta fue acorde con algún deber del servidor público o del particular según sea el caso del tipo. Así, debe sostenerse la atipicidad cuando el policía detiene al indiciado en delito flagrante, porque él no comete una privación "ilegal" de libertad desde el momento en que al cumplir con su deber impide que la privación de la libertad que él realiza se configure como "ilegal". Como también habrá atipicidad en el tipo penal de desacato con relación a los tipos penales de revelación de secretos, donde "específicamente" se sanciona negarse injustificadamente a declarar ante la autoridad competente, porque habrá atipicidad del desacato si acaso la persona se declara impedida de revelar lo que sabe en virtud de su deber en sentido contrario, a tal grado que la misma ley pune la revelación del secreto profesional o de otra clase que la ley impone como deber a ciertas personas.

Sin embargo, la tesis de la atipicidad de la conducta por cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del cargo es incorrecta, cuando en virtud del incumplimiento de aquellos deberes o funciones se lesione el bien jurídico de aquellos tipos cuyo contenido «no suponga como elemento típico» un incumplimiento de deberes o el ejercicio ilegítimo del cargo.

Como por ejemplo sucede con el homicidio por acción y el allanamiento de morada. Es cierto que cuando se mata a otro en ejecución de una sentencia de muerte, como cuando se allana el domicilio en cumplimiento de una orden judicial de cateo, el delito se excluye porque el homicidio y el allanamiento se producen en cumplimiento del deber. Mas no es verdad que la exclusión del delito se dé porque esas conductas sean atípicas, simplemente porque el contenido de los elementos de esos tipos no supone un incumplimiento de deberes o el ejercicio ilegítimo de alguna función. Por lo que en esos casos se excluye la antijuridicidad. Lo

mismo debe decirse del soldado que mata al enemigo en combate, porque su conducta actualiza todos los elementos del tipo de homicidio, pero aquél no actúa contra la norma prohibitiva de tal tipo penal al ajustarse al cumplimiento de su deber. Como tampoco puede alegarse la atipicidad por el cumplimiento del deber jurídico cuando la autoridad cumple una orden de cateo en un domicilio sin consentimiento de los moradores, en virtud de que el allanamiento de morada no contiene ni supone como elemento típico el incumplimiento de un deber o el ejercicio indebido de cierta función, aunque sí debe sostenerse que se justifica la conducta porque al ajustarse al cumplimiento de su deber la autoridad no contrarió la norma prohibitiva del tipo. Y es que por lo general la realización de una conducta típica siempre requiere lesión más no supone necesariamente su antinormatividad como si ésta fuese elemento del mismo supuesto legal del hecho punible. Ello sólo sucede así cuando a la misma antinormatividad se le implique necesariamente en la descripción legal del supuesto. La conducta antinormativa se demanda para afirmar el injusto, es decir, para proclamar que hay una conducta típica y antijurídica, pero no siempre se exige para sostener o negar la tipicidad en sentido estricto. La antinormatividad de la conducta es la materia de examen en el estrato del injusto, dado que la lesión misma ya queda atrapada por el tipo. Y aunque es cierto que el tipo supone la norma que prohíbe no actualizar el tipo sin causa que lo justifique. Es igualmente verdad que esa prohibición no se deduce sólo del tipo, sino del tipo en correlación con las causas de justificación.

El juicio de la antinormatividad de la conducta cuando no lo exigen los elementos del tipo se da en el siguiente estrato del análisis dogmático del delito y sirve para la conformación del injusto sólo cuando la conducta típica —y por lo tanto lesiva del bien jurídico que protege— es contraria a la norma prohibitiva porque falta su conformidad con las normas que ordenan o permiten la conducta típica, es decir, falta alguna causa legal que la justifique. Por otra parte, pareciera que el ilustre penalista argentino para sostener su postura tendiere al recurso de identificar la antinormatividad con la realización del tipo en sentido estricto y luego hablar de antijuridicidad como algo distinto. Si así fuere ello resulta confuso. El que en una labor eliminatória de las aparentes contradicciones entre las normas se tenga que tomar en cuenta a las normas deducidas de los tipos es una consecuencia ineludible de dicha tarea ordenadora en tanto que va dirigida a delimitar los alcances de las normas prohibitivas que involucran los mismos tipos penales; pero ello no hace sino confirmar que las normas prohibitivas a las que se deben referir los tipos penales ya están acotadas por tal labor organizadora; sin que por ello sea obligado que en el análisis dogmático del delito, el examen de la antinormatividad de la conducta ya deba introducirse siempre en el estrato del tipo, pues con tal postura en realidad se está a menos de un paso de la tesis de los elementos negativos del tipo, involucrando en éste no sólo a la antijuridicidad sino a la falta de ella, o bien dejando a la misma antijuridicidad con un contenido poco claro; más aún cuando también la lesión jurídica —como diverso componente de la antijuridicidad— ya es parte del mismo tipo. (Aunque debe reconocerse que el ilustre penalista argentino recurre para ello a la tesis de la antijuridicidad conglobante que él mismo ha desarrollado con su gran finura magistral.) En fin, con tal postura la distinción entre tipo y antijuridicidad sería tan sutil como difusa —al menos aparentemente— y se correría el riesgo de caer inevitablemente en la confusión de ambas categorías, en tanto que desde el examen del tipo tendría que analizarse ya no sólo la lesión sino, además, la conducta contraria a la norma que la prohíbe.

Y es que aún cuando, por igual sea cierto que —a diferencia del deber jurídico que se basa en normas que ordenan— las demás causas de justificación se apoyan en el ejercicio responsable de nuestra libertad; es también verdad que para que sea responsable el ejercicio de esa libertad —toda vez que con él se lesionan bienes jurídicos— es preciso que el mismo se ajuste a ciertas condiciones que enuncian las causas de justificación que prevé la ley y de las cuales surgen las llamadas normas permisivas. Por ello, tan son normas las que imponen un deber lesivo, como lo son las que permiten tal lesión. El hecho de que las primeras se impongan y las segundas no se impongan no parece ser razón suficiente para que el ajuste con las primeras excluya al tipo y el ajuste con las segundas impida la antijuridicidad, pues en ambos casos hay conducta que lesiona y hay conducta que se ajusta. Y finalmente como ya se evidenció, al menos en el Derecho Penal mexicano no todo incumplimiento de deberes de servidores públicos supone la realización de una conducta típica-penal.

De lo expuesto se puede concluir lo siguiente: **1)** El género común entre el cumplimiento de un deber jurídico y las demás causas de justificación consiste en que tan las normas que mandan como las normas permisivas son normas y ambas *“ecotan las normas prohibitivas”*. En tal sentido el cumplimiento del deber no es más que una causa de justificación que no excluye el juicio de tipicidad sino al de antijuridicidad según la posición aquí sostenida. **2)** La diferencia del cumplimiento de un deber jurídico con las demás causas de justificación que significan ejercicio de derechos estriba en que aquél se impone al obligado con consecuencias jurídicas adversas si lo incumple, mientras que las demás causas de justificación son derechos cuyo titular puede dejar de ejercer sin ninguna consecuencia jurídica desfavorable. **3)** Sin embargo la postura mencionada en primer término tiene—o debe tener— una gran corrección, porque ya desde el tipo tendrá que examinarse no solo la lesión jurídica sino la antinormatividad cuando el supuesto típico penal ya contenga o implique necesariamente como elemento el incumplimiento de un deber o el ejercicio indebido de cierta función. De tal modo que cuando se halla que falta tal elemento típico porque la persona actuó en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo del cargo deba afirmarse necesariamente la atipicidad de la conducta.

C. La llamada “colisión de deberes”. Como resultado de considerar al cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación, la doctrina plantea los casos de la llamada “colisión” de deberes. Y aun cuando los problemas de antinormatividad corresponden más a la antijuridicidad (injusto) que al tipo, de todas suertes Zaffaroni tiene toda la razón al señalar que (...) *todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes*. Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones: se trata de casos en los que el derecho siempre debe decidir cuál es el deber que prevalece.⁶⁰⁵ Sin embargo, es igualmente cierto que esta consecuencia no sólo se puede derivar si antes se acepta que el cumplimiento de un deber es causa de atipicidad, en tanto que dentro del principio de unidad armónica del Derecho a efecto de deducir la antijuridicidad de conductas es válida por igual la consideración *conglobada* de las normas deducidas de los

⁶⁰⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.

tipos entre sí junto con las normas ordenadoras y permisivas de las causas de justificación, al igual que con otras materias del Derecho, a efecto de reducir racionalmente cualquier contradicción que aparentemente surja entre normas prohibitivas, de forma tal que éstas se den con un cierto *orden normativo*. A la luz de ese orden normativo se establece la antinormatividad de las conductas que se opongan a él, (la cual se resuelve en el injusto, pues cuando se afirma que una conducta es típica sólo puede sostenerse que la misma es indiciariamente antinormativa, la cual solo se podrá confirmar como tal, cuando se constata que la conducta típica se realizó sin que la ampare una causa de justificación.) Sin embargo, antes de ello también se puede deducir una ordenación o prevalencia de deberes, donde el de rango superior excluye al otro sin que de tal modo se pueda sostener que coliden entre sí. De esa ordenación conglobada de las normas es que se halla, por ejemplo, que sea un deber salvar los más que los menos cuando se trate de bienes de igual valía cuya existencia dependa de una acción posible que evite el resultado, cuando llegue a existir un deber jurídico en tal sentido, de tal modo que el mismo opere antes que un estado de necesidad que motivase la inculpabilidad.

De todos modos Zaffaroni tiene toda la razón al llamar la atención de que los casos de la llamada colisión de deberes en general suelen resolverse a favor de un deber prevaleciente y la doctrina se inclina a considerar que son supuestos de justificación, aunque en el caso de bienes equivalentes, en particular referidos a la vida humana, suele afirmarse sólo la inculpabilidad. Y sin embargo, apunta el autor argentino (...) esta última explicación es insuficiente, porque no se puede entender cómo el derecho puede consagrar como deber jurídico la comisión de un injusto, dado que cualquiera de ambas conductas sería un injusto.⁸⁸⁸ Así se dice que cuando un padre se halla en un incendio ante la posibilidad de salvar a uno solo de sus dos hijos en peligro, actúa inculparsemente si hace esto. Cuando en realidad cumple su deber evitando el peligro en la medida que objetivamente es posible evitarlo en el caso concreto y sin que aquél haya introducido el peligro que ya exista, por lo que la muerte del otro hijo ya no podría imputársele a él. ¿Sería diferente la consideración cuando para salvar a un hijo el padre decide físicamente lesionar al otro?: Depende. Si acaso sólo de esa manera era posible salvar a uno, el padre no estaría más que cumpliendo con su deber —que en este caso prevé el código civil— en la única forma posible de cumplirlo. Si en una valoración ex-ante hubiese otro modo de salvarlo pero el padre se equivoca o no lo advierte, el caso es de inculpabilidad.

Pero Zaffaroni cita otros ejemplos: (...) El del escalador que ve a sus dos compañeros pendiendo de una cuerda y arroja un cuchillo al que está más arriba, que corta la cuerda por debajo de él, evitando que se corte por sobre de sí, salvando así su vida a costa de la del otro; el del capitán del buque que naufraga y sólo tiene posibilidad de salvar una parte del pasaje; el médico llamado por un paciente grave que presta asistencia *in itinere* a un accidentado también grave, hallando muerto a su primer paciente al llegar a destino. En todos estos ejemplos, el peligro no es introducido por quien actúa sino que ya existe, y quien actúa no hace más que evitarlo respecto de algunos, porque sólo puede hacer eso. Pero también hay casos que suelen plantearse como inculpabilidad cuando el sujeto desvía el peligro sobre terceros que no estaban en peligro: el guardabarrera que desvía hacia una vía muerta el tren de pasajeros que se iba a estrellar, pero causa la muerte de tres operarios que estaban allí trabajando. Similar es el caso del comandante militar que, sabiendo

⁸⁸⁸ *Idem.*, op. cit., p. 474.

que habrá de bombardearse una ciudad, despista al enemigo y hace que el ataque se dirija a otra menos densamente poblada pero que no estaba en riesgo de ataque.⁸⁶⁷ Ejemplos en los que hay una diferencia sustancial con el caso del padre que físicamente mata al hijo sosteniéndose el cumplimiento de un deber cuando se trata de la posibilidad de una sola acción que evite el resultado, porque cuando cambia el número de los bienes jurídicos de igual valía que se pueden salvar, debe realizarse la acción que salva a más en el caso concreto. Ya que para decidir el sentido de la norma del deber en ese caso, toma importancia el principio de ponderación de bienes del estado de necesidad, aunque no se trate en sentido estricto de esa causal, más aún cuando los artículos 15-V CPF y 29-V del CPDF excluyen la procedencia del estado de necesidad, precisamente cuando quien afronte el peligro tenga el deber jurídico de actuar en cierto sentido. Así, la acción de salvar a los más en aquél caso es ya es un deber y no una mera opción no reprochable. Quizá pueda parecer inhumano —aunque no irracional— someter la vida humana a la cuantificación de personas salvables para fundar el deber, pero el negarlo y sostener que se trata de casos de inculpabilidad apareja aceptar que en cualquier decisión que se tome se actúa antijurídicamente y que cualquier decisión que se asuma es inculpable, por lo que la autoridad —aunque actuando antijurídicamente en cualquier caso— podría decidirse por cualquier opción sin más consecuencias que las que tendría en el ámbito de la conducta ilícita pero inculpable. Cuando en realidad salvar a más con la única acción posible en ese sentido no es mera opción, sino un deber cuyo cumplimiento impide el carácter antijurídico de la conducta en esos casos; como si conformaría el injusto y también sería en principio culpable ya no la acción de salvar a los menos sino la omisión de cumplir el deber de la acción posible de salvar a los más en el caso del comandante militar si acaso una norma legal le impone ese deber. También es válida la observación de Zaffaroni de que tampoco pueden confundirse los casos de cumplimiento de un deber jurídico con las situaciones de inculpabilidad en que se salva la propia vida a costa de la ajena o la de uno a costa de la de otro: el escalador que proporciona el cuchillo al único que puede salvarse cortando la cuerda, no actúa inculpablemente, sino en cumplimiento de un deber jurídico; el que la corta es quien actúa inculpablemente, porque no cumple con ningún deber jurídico.

Ciertamente que la postura que aquí se defiende discrepa con la opinión que tiende a prevalecer, especialmente cuando se trata de vidas humanas desde la perspectiva del estado de necesidad justificante. Simplemente porque cuando la confrontación se da entre dos vidas humanas no es posible someter a ponderación cuál de ellas ha de prevalecer según el interés preponderante, dado que para el Derecho las dos vidas humanas tienen el mismo valor. Y con esa postura debe coincidir cuando se esté realmente en un caso de estado de necesidad donde no se tenga la posición de garante con algún deber impuesto en cierto sentido, donde privar la vida de uno para salvar la propia o la de otro no justifica la conducta sino que la vuelve inculpable (estado de necesidad inculpable.) Pero ese no es el caso cuando se trate de un tercero que se halle en posición de garante y tenga el deber de actuar realizando la acción que sea posible para evitar el resultado. Porque en esos eventos y de acuerdo con los artículos 7° del CPF, 16 del CPDF y 34, 35 y 36 del CPC, la acción posible es una acción debida y no mera opción. E incluso esa solución es válida cuando con aquella única acción sea posible salvar a los más que a los menos, más aún cuando tal deber lo llegue a establecer

⁸⁶⁷ Ibidem., pp. 474 y 475.

alguna norma específica, como en los casos de estado de guerra. Al respecto —aunque en la perspectiva del estado de necesidad y sin que su planteamiento se refiera específicamente al problema de los más por los menos— Roxin se opone a la justificación de la conducta y orientándose a la inculpabilidad, cita a Welzel, señalando que “...cuando hay vidas humanas que entran en un peligro en común con otras vidas humanas, pugna con el sentimiento moral utilizarlas como meras partidas contables en una cuenta global”.⁶⁰⁸ Y asimismo invoca a Gallas, apuntando que “... un pensamiento jurídico..., para el que los valores jurídicos no sean meros valores utilitarios, sino que sea conciente de la fundamentación del Derecho en las convicciones morales básicas... de nuestro círculo cultural, no puede conformarse con un modo semejante de considerar las cosas”.⁶⁰⁹ Contra ello bien señala Zaffaroni que: (...) Existen situaciones en las que el conflicto de bienes no se le plantea al agente sino al estado: el comandante militar que [en estado de guerra]⁶¹⁰ salva la ciudad a costa del ataque a un objetivo con menor densidad poblacional, no se encuentra en una necesidad exculpante, sino que cumple con su deber, porque de no tomar esa elección sería penado severamente y quizá ejecutado. El estado, so pretexto de respetar la vida humana como valor máximo que impide su mediatización (Kant), no puede derivar su inculpabilidad en otro, debe reconocer que en ocasiones impone deberes contrarios a la ética. De lo contrario, el estado sería la única persona que cuando se halla en una situación de inculpabilidad, puede derivarla en otro y, de este modo, eludir toda responsabilidad, incluso civil.⁶¹¹

Por lo demás, los argumentos de Roxin, Welzel y Gallas pasan por alto que todos los casos donde se excluye la norma prohibitiva de matar a los menos, la exención se logra en razón de la labor ordenadora de las normas, cuyo examen se realiza en el estrato del tipo si acaso éste supone el deber de actuar o en última instancia en el injusto con relación a la misma norma prohibitiva (que no prohíbe sin más realizar la conducta que concrete el supuesto de la norma, sino sólo cuando se realiza sin causa que la justifique, bien sea porque ésta la permita o la imponga como deber.) Todos los casos citados como ayunos de antijuridicidad son protagonizados por agentes que cumplen con un deber jurídico que surge de aquella manera: el padre cumple con el deber de proteger al hijo que puede salvar, el escalador con el de prestar auxilio al que puede amparar, el capitán con el de salvar a los naufragos que puede, el médico con el de asistir al accidentado que puede socorrer, el guardabarreras con el de evitar la catástrofe de los más y el comandante militar con el de salvar la ciudad más poblada. Y desde la perspectiva de la lesión en los dos últimos casos: la vida humana de los menos es tan real, como igual de real es la vida de los más y sin que todo ello implique desconocer sino aceptar lo que señala Zaffaroni, de que: (...) En definitiva, las dudas a este respecto, especialmente en los casos en que se pretende que se trata de inculpabilidades, derivaban del llamado *injusto objetivo*, fundado sólo en la causalidad del resultado.⁶¹² Desde la perspectiva aquí sostenida, estas dudas no existen, pues la antijuridicidad no es sólo la lesión jurídica sino, además, la ofensa a la norma. Precisamente en todas las causas de justificación hay lesión pero falta la ofensa. Y es que a final de cuentas el problema que en ellas se plantea en realidad, no es sólo de si hay o no hay lesión, sino también de si hay o no hay antinormatividad de la conducta según el

⁶⁰⁸ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, p. 689.

⁶⁰⁹ Ibidem.

⁶¹⁰ Lo incluido en los corchetes es mío.

⁶¹¹ Idem., E. R. Zaffaroni... op. cit. *Derecho Penal, Parte General*, p. 475.

⁶¹² Idem., p. 475.

cumplimiento o incumplimiento de deberes impuestos. Por lo que si acaso el Derecho impone el deber de actuar en cierto sentido como acción posible de evitar cierto resultado —e incluso dando peso a la magnitud de la lesión para resolver cuál es el deber de actuar— se debe admitir que la conducta que cumple con ese deber —aunque lesiva— es conforme con la norma.

D. La necesidad racional del medio para cumplir el deber y referencia especial a la obediencia jerárquica. De acuerdo con los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC, para que el cumplimiento del deber opere como excluyente es preciso que *"...exista necesidad racional del medio que se emplea para cumplir el deber"*. Se delimita pues el alcance de la excluyente en cuanto la necesidad racional del medio que se emplee para cumplir el deber. Pero de ninguna forma se constriñe la causa de permisión a los casos en que la norma jurídica consigne en forma expresa la regulación de cómo cumplir el deber. A veces la misma norma lo implica, aunque en muchos casos —quizá la mayoría— lo hace de manera incompleta. Y con base en esas normas se puede deducir en términos generales que no proceden antijurídicamente los soldados que ejecutan una sentencia de muerte por fusilamiento si así lo indica la sentencia y ésta no sea notoriamente contraria a Derecho. Ni el testigo que al ser interrogado en un procedimiento legal revela un hecho que perjudique la fama de una persona. O cuando se excusa de declarar en virtud del deber que tiene de guardar el secreto profesional. Y también se puede sostener que no procede ilegalmente el agente de la autoridad que detiene a un delincuente que sorprende en flagrancia.

Más una cosa es en qué consiste el deber (en el último ejemplo, "detener" al indiciado) y otra la es cómo proceder a su cumplimiento. Y en especial cómo proceder ante y durante el cumplimiento del deber cuando hay resistencia de quien debe tolerar tal cumplimiento. Las normas pueden señalar en qué consiste el cumplimiento del deber: privar de la libertad y trasladar a la persona a ciertos lugares, pero no regular cómo se ha de llevar a cabo la detención y el traslado, casos en que opera en toda su extensión la llamada "necesidad racional del medio" para cumplir el deber. Esa necesidad racional del medio no sólo implica que la violencia —fuerza física— será innecesaria cuando quien deba tolerar soporta que se le afecte en su bien jurídico, sino también en que —siempre que sea posible— quien deba resentir la lesión sea advertido del carácter de la autoridad, de qué deber se trata de cumplir y cuál es el motivo que da pie al mismo. Mas por otra parte, aún satisfechas aquellas condiciones de todos modos la excluyente no existirá cuando se lesiona un bien jurídico al cumplir un deber empleándose un medio racionalmente innecesario. De aquí que el uso de las armas o el ejercicio de la violencia por parte de la autoridad tampoco son legítimos cuando ella puede cumplir su deber utilizando otros medios menos perjudiciales. De acuerdo con las premisas anteriores, resulta claro que se utilizan por la autoridad medios racionalmente innecesarios para evitar la fuga o reprimir los actos que afecten el orden público, cuando, sin más, se disparan armas con dolo de lesionar o matar. Pues por aquél motivo aislado resulta racionalmente innecesario, por ejemplo, el uso de las armas contra quien se fuga o contra un grupo de manifestantes que interrumpen o dificulten el tráfico de vehículos. Además, porque normalmente en esos casos se tienen al alcance otros recursos disponibles menos perjudiciales que se deben utilizar para impedir el escape o la alteración, porque bien se puede requerir a los trasgresores que cesen en su conducta y proceder —si es el caso— a la detención, en vez que a la lesión o muerte. (...) El uso de las armas —afirma

certestamente Bettiol— sólo puede admitirse, cuando el sacrificio de un bien individual se presenta como absolutamente necesario para salvaguardar otro de mayor importancia. Es inadmisibles para impedir una simple desobediencia y, por ende, es ilícito usar de las armas para evitar la fuga o lograr la detención del responsable de un delito que trata de eludir la orden de aprehensión.⁸⁰³ Al respecto es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. EXCLUYENTE DE DELITO, SI AL CUMPLIRSE ORDEN DE COMPARECENCIA POR LA POLICÍA JUDICIAL, SE USA LA VIOLENCIA RACIONALMENTE NECESARIA PARA VENCER LA RESISTENCIA DEL GOBERNADO. Es cierto que se surten los elementos del tipo penal del delito de lesiones levisimas. Sin embargo, dichas lesiones no son contra Derecho. Pues al concurrir el inculpaado a su producción: lo hizo al amparo del cumplimiento de un deber legal, concretamente exigido. Ya que de acuerdo con la dinámica de los acontecimientos, el uso de la fuerza que causó tal resultado fue el racionalmente necesario para ejecutar la orden que al agente de policía le correspondía legalmente cumplir. Impidiéndose así el nacimiento de la antijuridicidad de acuerdo con la excluyente prevista en la fracción IV del artículo 33 del Código Penal. Ciertamente, la fracción IV del artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, consigna en forma expresa como facultades y obligaciones de la Policía Judicial, la de "ejecutar ordenes de comparecencia". La cual en el caso está probada existía y que se proponían cumplir los agentes policíacos en contra del lesionado. Amen de lo anterior: Si la ley omite establecer el modo, la forma y medios que los agentes deben emplear para dar cabal cumplimiento a tales mandamientos. Debe entonces prevalecer el principio de que ante la resistencia física del gobernado, de someterse a la ejecución de un mandamiento legal, oponiéndose con golpes a ello, no obstante que antes se le avisó del carácter de la autoridad y del motivo para el efecto de que acompañase a los agentes a comparecer; entonces el obligado a cumplirlo puede hacer uso racional de la fuerza para someter al obligado. Para decidir esta racionalidad debe atenderse a los bienes jurídicos en conflicto. Aquél que se busca preservar por la orden que debe ejecutarse o el acto que motiva la reacción de la autoridad y el que se coloca en riesgo para hacerla efectiva. Por tanto, Es lícito el uso de la fuerza racionalmente necesaria sólo para vencer la resistencia del gobernado (agotadas antes aquellas condiciones) y en la medida de la misma. De tal suerte que es incorrecto considerar que el policía procede antijurídicamente mientras actúe dentro de los márgenes que resultan adecuados a la naturaleza del deber y las circunstancias en las que actúe para cumplirlo. Mismo que, como agente de autoridad, le compete legalmente cumplir.⁸⁰⁴

Con relación al problema relativo a sí la fuerza pública obra en el cumplimiento de un deber cuando la autoridad en el ejercicio de sus funciones hace uso de las armas o de cualquier otro medio enérgico de coacción física, si el mismo era el racionalmente necesario para poder cumplir tal deber, se dice que es atributo del Estado ejercer la coacción cuando para conservar el orden público y alcanzar sus fines encuentra resistencia en sus gobernados, pues el Estado debería superar y vencer incluso por la fuerza todo obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad, inspirada siempre en el orden público y el bien común. Empero, es evidente que aquellas consideraciones ameritan importantes precisiones, toda vez que el Estado es un organismo de Derecho y cumple a los órganos a quienes les confiere el ejercicio de la coacción, oponer la fuerza contra aquellas rebeldías a la ley que debido a su propia naturaleza violenta o peligrosa sea necesario vencer por aquel medio. Y no sólo porque el Estado podría ejercerla sin más para vencer un obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad. (...) De ahí que —dice Jiménez Huerta—, el ordenamiento jurídico imponga a la fuerza pública en determinadas situaciones, el deber de hacer respetar, defender e imponer por las armas su autoridad, frente a quienes violentamente la tratan de desconocer, atacar o vejear. El contenido y límites en estos deberes es reflejo fiel del criterio imperante en cada organización estatal. Allí donde el Estado se estructura conforme a principios autoritarios, tales límites se amplían en forma considerable. Pero se reducen hasta llegar a desconocerse en los regímenes demagógicos. Sólo en aquellos Estados que han logrado armonizar la libertad y el respeto a la ley hallan estos deberes el contenido y límites que son necesarios para el bienestar y la tranquilidad social.⁸⁰⁵

⁸⁰³ Bettiol, citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano en "La antijuridicidad", op. cit., pp. 204 y 205

⁸⁰⁴ TSJC, Cuarta Sala Unitaria, T. P., 139/87, sentencia 25/88, 8 de abril de 1988. Ver Antonio Bercheimann Artzpe, *Tests Penales*, op. cit., pp. 280 y 281.

⁸⁰⁵ Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, op. cit., pp. 201 y 202.

Cabe insistir que con frecuencia la ley no detalla —ni reglamenta— el modo en que la policía ha de actuar en cada caso en que alguno de sus agentes tenga que cumplir su deber, especialmente cuando proceda a un arresto por falta administrativa de carácter municipal, como cuando a él le toque la detención del delincuente en flagrancia o la ejecución de una orden de aprehensión o la persecución de quien escapa ante ello o lo hace durante la detención o incluso de la cárcel. Con esas lagunas normativas pareciere que se deja a la policía y a las autoridades competentes en general un amplísimo margen que tan favorece conductas arbitrarias como facilita la indefensión de los agentes de policía y de la misma autoridad respecto de cuál es el proceder debido para lograr el fin justo. Eso es cierto y lo seguirá siendo en tanto no haya la reglamentación y la capacitación suficientes. Y aún cumpliéndose lo anterior, de todos modos seguiría siendo válido el límite que dan los códigos penales, el cual es obvio que adquiere especial significación cuando falta dicha reglamentación: *La necesidad racional del medio que se empleó al cumplir los deberes*, incluso cuando se trate de reprimir todo acto que perturbe o ponga en peligro la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad de los individuos; o de guardar el orden dentro de las vías y lugares públicos. El policía y la autoridad en general están obligados al cumplir con su deber a atemperar su actuación a las circunstancias de hecho en que se encuentren, para actuar en la medida estrictamente racional según el motivo que da pie al cumplimiento del deber y la necesidad del medio que emplee con relación a los bienes en peligro y los que va a lesionar con su actuación. Porque la violencia siempre será innecesaria cuando quien debe tolerar el acto sabe del motivo del mismo y se allane a aquél. Como a su vez será irracional cuando para cumplirlo la autoridad emplea medios excesivos o más allá de los necesarios. Con relación al tema también es relevante la siguiente tesis del TSJC:

RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE CUANDO EL ACTO DE AUTORIDAD QUE MOTIVA LA RESISTENCIA ES ABUSIVO, SERÁ ATÍPICO RESISTIR. (LEGITIMIDAD DE LA FUNCIÓN DE AUTORIDAD). "Es verdad que en el caso existía motivo legal para que los agentes policíacos procedieran al arresto de quienes se encontraban ingiriendo bebidas embriagantes en la vía pública. Por tratarse de una infracción administrativa que ameritaba tal medida. Además, que ante la oposición de los infractores, aquellos podían usar la fuerza racionalmente necesaria para cumplir con sus atribuciones. Pero también lo es, que el ejercicio de las funciones que dé lugar a la resistencia indebida del particular debe ser "legítimo". Tanto por el motivo que les da origen, como en la medida en que se ejercita. Para decidir esta medida entran en juego los límites que se derivan de la propia ley como un todo y los intereses jurídicos preponderantes que surjan en el caso concreto. En el anterior orden de ideas. Si la autoridad para cumplir sus atribuciones, tratándose de un arresto con motivo de una infracción administrativa, cumplió el arresto allanando un domicilio particular sin orden de cateo y sin autorización de sus moradores que eran ajenos a la infracción. Domicilio en el que se habían refugiado algunos de los infractores (inculpados). A quienes se detuvo. (Al igual que a algunos de los moradores). Es claro que la autoridad se excedió en sus atribuciones. Pues procedió "ilegítimamente" dada la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio que prevé el artículo 16 de la carta fundamental. Por lo tanto, la oposición violenta que los particulares desplegaron en tal momento y lugar; es decir, para evitar que los agentes de policía entraran al domicilio, es insuficiente para tipificar el delito de resistencia de particulares del artículo 190 del Código Penal. Sin que a ello sea óbice que en el tipo penal de dicho ilícito se omita especificar que los agentes ejerzan sus funciones "legítimamente". Pues esta exigencia implícitamente se comprende en la ley para cualquier caso en que la autoridad deba ejercer sus funciones. Ya que sería absurdo suponer que si la ley omite mencionar de manera expresa: la necesaria legitimidad de los actos de autoridad. Ésta se encuentre facultada para ejercer sus atribuciones "legítimamente". Y que la oposición del particular a un acto "ilegítimo" de la autoridad tipificará el delito de resistencia de particulares. Ello implicaría desatender la defensa legítima y el principio de legalidad. Pues así como los derechos de las personas sólo llegan hasta donde comienzan los derechos de los demás. A mayor razón. Las facultades de la autoridad encuentran su límite en la esfera de los derechos de las personas que aquella deba respetar. Por ser ajenas al motivo que origina el acto de molestia. En el mismo orden de ideas, es verdad que un particular puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido por la ley y no afecte derechos de terceros. Pero también lo es, que una autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite. Y al igual que los particulares, la autoridad se debe abstener de hacer lo que la ley le prohíbe. Y la ley prohíbe a la autoridad excederse en sus atribuciones. A tal grado, que el propio Código Penal sanciona al agente de autoridad que al ejercer sus funciones, abuse de ellas allanando un domicilio sin orden de cateo y prive de la libertad a una persona."⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ TSJC, Sala Penal, T. P., 16/94, sentencia 604/96, septiembre 3 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Bercheimann Artzpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, pp. 724 y 725.

Por último cabe destacar, que como causa especial de cumplimiento de un deber, el artículo 44-VII del CPC regula a la "obediencia jerárquica justificante". Ésta existirá:

(...) cuando el daño se origina por cumplir un mandato legítimo de superior jerárquico. Siempre y cuando el hecho se encuentre entre las facultades de quien lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones de quien lo realiza.

El mandato se ha de prever en forma expresa como atribución de quién lo ordene, pero así mismo el mandato que se cumpla ha de tener motivo y fundamento legal. Es decir, no se configura la excluyente si el mandato del superior es de hecho y sin fundamento legal, pero si se conformará cuando lo emite la autoridad competente y hay un motivo para el mismo respecto del cual la misma ley faculta a aquella a ordenar, misma orden que se da por escrito, motivada y fundadamente, aunque luego resulte que su trasfondo era ilegítimo. Así debe entenderse la expresión "legítimo" que se adjudica al mandato que se obedezca por quien esté obligado a cumplirlo. Más aún si en Coahuila se le cohonesto con la excluyente de culpabilidad que prevé el artículo 51-VI del CPC, en cuanto hay inculpabilidad: "... cuando se cumpla un mandato intrínsecamente ilícito pero formalmente legal, de un superior jerárquico en el orden jurídico, salvo cuando sea notorio lo injusto del mandato o se conozca ese carácter, o se tenga el deber de inspección". Sin que a esto sea válido argumentar en contra el que con aquella postura se seguiría que el superior que imparte la orden cuyo trasfondo es ilegítimo podría transformar lo injusto de su conducta en una conforme a Derecho; porque la actuación del superior sigue siendo injusta aún cuando se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a Derecho. Y es que por lo general se incurre en el error de estimar que si hay un arranque antijurídico de una conducta, también debería ser antijurídica la conducta de otro que se apoye en aquella, cuando ello no es así en la medida que la diversa conducta se ajuste a lo que la ley llegue a regular respecto a los deberes del ejecutor. Y también en ese sentido el injusto es personal. Lo cual tampoco conlleva a que el particular o tercero que ha de resentir la lesión quede desamparado por la ejecución conforme a Derecho del mandato ilícito, pues si bien es verdad que si el ejecutor del mandato actúa conforme a su deber, igualmente al afectado le queda el derecho a ser indemnizado por el Estado en virtud del daño o perjuicio sufrido y porque, además, se puede justificar una resistencia defensiva del afectado en el marco de un estado de necesidad defensivo si ese fuere el caso.

Mas por otra parte, el inferior no actuará bajo el amparo de la causa de permisión si en el caso es obvio que la orden carece de un motivo con sustento legal, es decir, cuando es evidentemente arbitraria. En tanto que si el Derecho como un todo no puede permitir su propia aniquilación. Menos aún puede justificar cumplir un mandato por el que se lesionarán arbitrariamente bienes jurídicos de otros, porque quién alegue su cumplimiento careca en realidad del deber de ejecutarlo. El actuario tiene el deber de llevar a cabo la diligencia de cateo ordenada por el juez, pero en ningún momento estará obligado a allanar el domicilio porque el juez se lo ordene sin mediar la resolución del correspondiente cateo. El policía tendrá el deber de acatar la orden de su comandante, cuando ello implique arrestar a quién en esos momentos altera indebidamente el orden público de tal forma que incurra en una falta administrativa que amerite el arresto. Pero el policía de ningún modo estará obligado a detener sin motivo legal a una persona, aun cuando se lo ordene su comandante. Como tampoco estaría obligado por virtud de una orden superior a disparar contra los alborotadores, si estos sólo se

concretan a pronunciar consignas políticas o ideológicas o a exteriorizar verbalmente su protesta contra un acto de autoridad que consideren injusto. Mas el director del reclusorio sí estará obligado a ejecutar la sentencia firme de condena de prisión sin cuestionar ya sobre si esa sentencia pudiese estar ajustada a Derecho y sin que incurra en una conducta antijurídica aunque luego se le conceda al sentenciado un amparo que obligue a dejar sin efecto la sentencia y a ponerle en libertad.

— X —

La legítima defensa

A. Fundamentos de la legítima defensa. Según los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del nuevo CPDF y 44-II del CPC, la legítima defensa opera como excluyente de delito cuando:

En el CPF: (...) Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

En el CPDF: (...) Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

En el CPC: (...) cuando por necesidad de proteger bienes jurídicos propios o ajenos, se repele una agresión real, que sea actual o inminente y sin derecho. Siempre y cuando exista racionalidad en el empleo de los medios para rechazar la agresión o tratar de impedirla y sin que el agente o la persona a quien se defiende, la provoque de manera suficiente e inmediata.

La eximente es una necesaria excepción a la prohibición del artículo 17 C. de que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho", toda vez que en los supuestos que aquella regula es imposible acudir a impetrar justicia sin que antes se dañe al bien jurídico por la injusta agresión. En tal orden de ideas la excluyente se funda en los principios de protección racional individualizada de bienes jurídicos y el de prevailecimiento del Derecho —especialmente de los derechos del agredido— frente a agresiones injustas a bienes jurídicos cuando no estén presentes los agentes del Estado o estándolo, ellos no actúen o su actuación sea insuficiente para evitar la injusta lesión al bien que se defiende.

En la idea anterior sobresale el sentido individual que se da al principio de prevailecimiento del Derecho, en vez de una orientación meramente supraindividual de predominio del Derecho por el Derecho mismo y que tiene cierto tufo estatizante y que, además, es inidóneo para explicar porqué entonces no se acepta que se pueda defender el orden jurídico como tal, sino sólo las infracciones de ciertas normas, esto es, de las que implican lesión de bienes jurídicos. Con base en este planteamiento y otros de igual corte —a decir de Baldó Lavilla— Newman replantea el principio de "prevailecimiento del Derecho" o de que "el Derecho no debe ceder ante el injusto" por el de "el derecho del agredido no debe ceder ante el injusto de la agresión".⁴⁰⁷ Lo cual es congruente con el texto de la excluyente de mérito del CPF y el CPC, pero pareciere no serlo con el tenor de la misma en el CPDF. Pues mientras el CPF y el CPC aluden a una defensa "racionalmente necesaria", el CPDF tan solo se refiere a la "necesidad" de la defensa. Empero, al respecto cabe hacer la certera precisión de Zaffaroni de que (...) si no se tiene el deber de soportar el injusto es porque se tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar. Y, asimismo, de que (...) a diferencia de la tradición legislativa germana —que se refiere a la

⁴⁰⁷ Citado por Francisco Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1994, pp. 64 y 65.

defensa necesaria [como ahora alude el CPDF], la argentina se ha referido siempre a la *defensa legítima* con lo que se expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es lo jurídico (valorativo) y está dado por la «racionalidad»: *la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional. Toda defensa racional es necesaria pero no toda defensa necesaria es racional.*⁶⁶⁶ Porque ciertamente la exigencia de racionalidad en la defensa necesaria también en México es un requisito que resaltan los artículos 15-IV del CPF y 44-II del CPC. Y aunque es verdad que la postura de limitar el ejercicio de la defensa necesaria a la racionalidad de la misma parece conllevar la paradoja de que al agresor debiere reconocérsele algún derecho cuando es él quien realiza un injusto lesivo contra la víctima. Sin embargo, Zaffaroni también apunta con acierto que una postura individualista radical debe rechazarse —como equivalente a que fuese suficiente la mera “necesidad” de la defensa para evitar la lesión y nada más—: (...) porque no sería posible sostener que el niño pierda todos los derechos por querer apoderarse de una manzana, lo que no sucede ni siquiera con la más severa pena estatal impuesta por el más grave de los delitos.⁶⁶⁷ Y más adelante el autor argentino agrega: (...) El límite se impone en función del principio de iguales libertades... [en cuanto que]... el agresor no puede ser reducido a un objeto de derechos de terceros... [porque a fin de cuentas]... lo irracional no puede constituir ningún derecho.⁶⁶⁸ De aquí que —agrego por mi parte— en el mismo Derecho Penal Alemán se añadan a la defensa necesaria otras condiciones, llamándolas “cualidades requeridas o indicadas” de la defensa legítima y las cuales en el fondo son exigencias de la “racionalidad” en la defensa necesaria para que ella sea legítima.⁶⁶⁹ Lo mismo que esas condiciones se hallan implícitas y expresas en el artículo 29-IV del nuevo CPDF. Y de aquí que tal exigencia de racionalidad también se corresponda por igual con el principio de mínima solidaridad social respecto a los bienes jurídicos del agresor que se rechaza. De todas maneras, antes de ocuparnos de las condiciones para que se dé una defensa legítima, es decir, que sea “racionalmente necesaria”, primero es preciso atender a los presupuestos que dan motivo a esa la legítima defensa.

B. Los presupuestos de la legítima defensa. La legítima defensa presupone siempre una agresión antijurídica e individualizada contra bienes jurídicos de las personas. Por lo tanto, para que tal repulsión se dé es preciso que antes exista una conducta de agresión injusta, actual o inminente contra un bien jurídico de manera individualizada. Paso al examen de esas condiciones.

1. Los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa e individualización de la agresión. Contra la generalizada creencia de que a través de este Instituto cualquier bien jurídico es defendible, existe la tendencia a limitar el ejercicio de la legítima defensa sólo contra los ataques a los bienes jurídicos individuales. Tal es la postura de Roxin⁶⁷⁰ y también la parece ser de otros pensadores en Europa según señala Zaffaroni.⁶⁷¹ Pero contra tal posición tampoco cabe sostener que cualquier bien jurídico es defendible cuando sea atacado sin que el embate se dirija concretamente contra la persona que se defiende o es defendida o contra otro ser que sea objeto de protección jurídica.

⁶⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 584 y 585.

⁶⁶⁷ *Idem.*, op. cit., pp. 585 y 586.

⁶⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁶⁹ Ver al respecto a Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, pp. 635 y ss.

⁶⁷⁰ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, pp. 623 y ss.

⁶⁷¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 589

1) Así, respecto a la restricción del derecho a la legítima defensa a bienes jurídicos individuales cabe objetar que ella es incompatible con la protección de los derechos humanos llamados de segunda y tercera generación, es decir, de los derechos colectivos como el derecho a la salud, los que pasarían a ser derechos de segunda y de tercera a secas, porque los ciudadanos no podrían oponer ninguna resistencia respecto de los ataques a los bienes jurídicos que impliquen el disfrute de tales derechos. Con ello, tales derechos —apunta bien Zaffaroni— (...) serían meras declaraciones que el estado puede no respetar... serían manifestaciones de buena voluntad de los estados escritas en sus constituciones y en los tratados internacionales.⁸⁷⁴

2) Pero también la solución tradicional de que cualquier bien jurídico es defendible debe matizarse a la luz del principio constitucional del monopolio estatal de la fuerza del artículo 17 C. Porque de acuerdo con tal precepto se infiere que la defensa será jurídicamente inadecuada mientras el ataque no se individualice contra el bien de alguna persona en particular u de otro ser objeto de protección jurídica y sea necesario que por tal motivo aquella actúe violentamente u otra actúe de tal manera en su defensa o bien de otro modo en rechazo del ataque.

3) Así las cosas, el problema debe enfocarse entonces de manera distinta a la luz de la coherencia entre el monopolio estatal de la fuerza que prevé el artículo 17 C. y la protección racional de los bienes jurídicos en que se traduce el disfrute de los derechos humanos. En tanto que cuando esté siendo afectado un bien jurídico de manera individualizada sí cabe la legítima defensa, cualquiera que sea el bien jurídico.

4) La afectación individualizada de un bien jurídico implica la patente dirección y concreción del ataque contra el bien jurídico —aunque sea colectivo— que disfrute la persona que en particular se defiende o es defendida o el ser que sea objeto de protección jurídica. Sin que a ello empujen las expresiones bienes jurídicos "propios" o "ajenos" que la ley emplea en la excluyente, ya que sólo pueden ser "propios" los bienes de los que el ser humano sea titular y sólo pueden ser "ajenos" los que disfruten otras personas —físicas o morales— como sus titulares o bien otros seres que sean fuente de protección jurídica. Y los bienes jurídicos que provienen de derechos colectivos tan son propios como son ajenos porque siempre se refieren a su disfrute por todas las personas y por tanto de cada persona.

5) Pero lo decisivo no es sólo que la agresión antijurídica se dirija o concrete contra el bien que disfrute una persona en particular u otro ser que sea fuente de protección jurídica —que así haga necesaria la repulsión—, sino, además, la racionalidad de la repulsa. Pero ello es muy distinto a que el bien no sea defendible por ser un bien "colectivo" o que sólo sean defendibles los bienes individuales. Por ejemplo, la excluyente permite una actuación de defensa contra la perturbación del orden público o contra el que conduzca en estado de ebriedad: cuando esa perturbación o la conducta del chofer a la vez pongan en peligro la libertad o la seguridad de la persona que actúa en su repulsa o de la persona a la que se defiende. El viandante que al caminar por la acera se ve acorralado en un recoveco por un bacante, podrá advertirle que le dé el paso, e incluso si aquél no

⁸⁷⁴ Idem.

entiende y no hay quien evidentemente deseé o pueda ayudarte al agredido, éste puede físicamente hacer a un lado al briago; al igual que el acompañante puede impedir al borracho que siga conduciendo peligrosamente cuando éste haga un alto.

6) En algunos casos podrá faltar en realidad el peligro de lesión y por tanto, estar ausente la antijuridicidad de la conducta contra la que por éste motivo —y no porque el bien no sea defendible mediante el Instituto— no se puede oponer una defensa legítima. De esa manera no habrá tal agresión antijurídica que justifique detener a un borracho: por el hecho de que éste beba vino en la acera pública —conducta que podrá ser antinormativa, pero que objetivamente carece de alguna dirección lesiva contra el bien jurídico de alguien en particular—. Pensar lo contrario significaría que el Estado convierte en policía auxiliar a cada individuo, a lo cual se opone el principio del artículo 17 C. —que da el monopolio de la fuerza al Estado—, como también se resiste el mismo principio de protección individualizada que se deduce del referido tenor de las excluyentes en consulta —bienes “propios” o “ajenos”—.

7) En tal línea de pensamiento, mientras falte la dirección de una conducta antijurídica contra el bien del que disfrute una persona u otro ser objeto de protección jurídica no cabrá una legítima defensa. Como sucede con muchos casos de evasión de presos y respecto de ciertos delitos contra la salud pública o el medio ambiente, sin que por ello se excluya la denuncia de ellos y el que la autoridad pueda impedir la evasión en cumplimiento de su deber y aquella o los mismos particulares puedan lícitamente detener en flagrancia a quien inicie la ejecución de uno de esos delitos o los esté ejecutando, en cumplimiento del deber o al amparo de la potestad que les concede el párrafo cuarto del artículo 16 C. Ir más allá en los casos de ataques antijurídicos a bienes colectivos sin que esos embates se individualicen de manera patente contra una persona u otro ser objeto de protección jurídica haría peligrar indeseablemente la prohibición del artículo 17 C. de que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho” y tendería a dotar a la población de poderes policiales que la misma C. le niega en cumplimiento a las aspiraciones de un estado de derecho. Como también el restringir a los bienes jurídicos “individuales” como únicos defendibles a través del Instituto, conduciría a soluciones inadmisibles respecto de la defensa de bienes jurídicos “colectivos” cuando los ataques a estos se traduzcan en agresiones individualizadas.

8) Por igual razón, la defensa contra la amenaza de lesiones a bienes jurídicos no protegidos penalmente también es posible en la medida que sea racional, y por ello será ilegítimo que durante el tránsito el conductor de un coche impida por la fuerza al chofer de otro vehículo que realice un adelantamiento incorrecto y eventualmente peligroso, pues por más que esas maniobras dificulten el tránsito y sean potencialmente riesgosas, las acciones impeditivas aumentan el peligro de terceros en el tráfico rodado. Menos aún son impeditivos mediante fuerza los intentos de ganar un espacio de estacionamiento de alguna forma que se estime socialmente inadecuada. Porque en tal caso ¿cuál es el bien jurídico que se pone en peligro? Y de existir éste, ¿será racional proceder de aquella manera? Por lo demás, es obvio que en los dos últimos supuestos la fuerza será extemporánea a la agresión cuando ya se haya dado el abuso.

9) Por el mismo linaje de razones, la excluyente de defensa legítima de terceros sólo es concebible frente a las agresiones que se dirijan contra los bienes jurídicos indisponibles de aquellos terceros o bien contra sus bienes jurídicos disponibles siempre y cuando respecto de éstos sus titulares no consientan válidamente la afectación; porque de lo contrario faltará en realidad una agresión injusta por ausencia de lesión jurídica, en la medida que exista el consentimiento válido del individuo para que su bien —disponible— sea dañado, lo cual vuelve intolerable la intromisión defensiva que vaya contra el ámbito de autodeterminación responsable del tercero. Aunque de nueva cuenta la cuestión en tales casos no es de si el bien jurídico disponible es o no es defendible, sino de que falta la antijuridicidad de la agresión cuando se consiente válidamente en el daño de un bien disponible. Por su parte, la vida del ser humano es un bien indisponible por otro y por ello un tercero puede defenderla con actos físicos que impidan un aborto voluntario. Sin embargo, aunque el aborto sigue siendo antijurídico cuando concurre alguna de las causas legales de excepción punible del mismo —toda vez que ellas determinan la inculpabilidad de la persona o la exclusión de pena de la misma, pero dejan intocado lo injusto de su conducta⁵⁷⁵— cuando se dan esas causas ya no es permisible una acción que físicamente impida el aborto, dado que la misma ley deja a la mujer el derecho a decidir la interrupción del embarazo en aquellos eventos. Más aún, cuando el artículo 334 del CPDF dispone como servicio público de salud que a la mujer embarazada se le dé información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos del aborto en esos casos de excepción, así como los apoyos y alternativas existentes para que ella pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Por lo que a lo más cabe el derecho de realizar actos de protesta para oponerse a un aborto en esas condiciones. Por iguales razones tampoco cabría una acción violenta de repulsa contra aquellos que practiquen el aborto en aquellas condiciones, pues según los términos de la ley, se infiere que aquellos también se ven beneficiados por la excusa.

10) Por último, también pueden ser centros de protección jurídica los animales, en tanto las leyes de la materia contengan normas cuyo por objeto sea la salvaguarda del animal —o de ciertos animales— de tratos crueles, contra los que cabe su rechazo racional como defensa de terceros.

2. El origen conductual de la agresión. Asimismo, de las expresiones legales "agresión" y que ésta debe ser "sin derecho" se infiere que sólo es posible concebir la legítima defensa frente al ataque que provenga de la conducta de otra persona, ya sea que ella misma realice la agresión o bien cuando la efectúa a través de otros e incluso por medio de un animal.

1) Pero no cabe invocar la legítima defensa cuando el ataque provenga de un animal sin que éste sea azuzado por otro ni no sea detenido por éste cuando carezca de dominio sobre aquél, pues en tales eventos lo que se configura es un estado de necesidad.

2) Tampoco es admisible considerar agresoras a las personas «jurídicas», como lo pueden ser las sociedades y asociaciones mercantiles o civiles o el mismo Estado, pues dada su naturaleza inmaterial ellas no pueden

⁵⁷⁵ Ver el número II-E del Capítulo Tercero.

actuar con sentido penal, aunque por supuesto sí se puede ejercer el derecho a la legítima defensa frente a las acciones de las personas físicas que las representen, ya sean empleados o funcionarios de esas personas jurídicas, cuando aquellos individuos actúen con tal carácter y sus conductas se traduzcan en agresiones injustas.

3) También faltará una conducta en aquellas reacciones físicas que provengan de una persona carente de voluntad al realizarlas, como cuando los lances se deben a reflejos, sonambulismo, estados epilépticos, el sueño, un desmayo, etc., ya que frente a los movimientos de los individuos en esas condiciones no cabe oponer la prevalencia del Derecho debido a la carencia de imputación personal de sus reacciones cuando les falta voluntad, mas sin que por ello se tenga tampoco que tolerar tales intromisiones a nuestros bienes jurídicos pero al amparo de un estado de necesidad y no de una supuesta defensa legítima cuando en realidad no hay conducta a la cual se le pueda imputar la agresión. Por razones análogas cabe la misma solución cuando se actúe contra una fuerza desencadenada por caso fortuito. Vgr., a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera.⁶⁷⁶ El supuesto no es diferente —y conlleva a la misma solución— cuando aún existiendo una acción descuidada, por éste motivo el instrumento o medio quede fuera de control: como cuando el jinete inexperto espolea incorrectamente al caballo que monta desbocándose éste o el vehículo se deslice sin control en una pendiente porque el conductor omitió ponerle el freno de mano al estacionarlo. Ya que a primera impresión pudiese aducirse que en tales eventos sí hay acción —lo cual es cierto— y que sí cabe la legítima defensa porque la acción quebranta un deber de cuidado y el peligro lesivo que se desencadena es objetivamente imputable a dicha acción descuidada —lo cual sólo es cierto en parte respecto del presupuesto de la “agresión” que debe mediar para que haya defensa legítima—. En efecto, aquél argumento se endereza más al carácter antijurídico de la conducta, pero pasa por alto que en el último evento difícilmente puede hablarse de una agresión, ya que esta expresión indica en su significado literal y semántico que se da una conducta “dirigida” a una lesión —en este caso de un bien individualizado—. Con base en esto Zaffaroni opina que no cabe la legítima defensa y aduce que como (...) el sujeto no puede contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia, tampoco cabe pensar en legítima defensa... [Y más adelante agrega]...en estas circunstancias no puede hablarse de *agresión*... [Pues] por más que se le advierta [al sujeto] del peligro ya no puede hacer nada por evitarlo.⁶⁷⁷ Cabe así un estado de necesidad.⁶⁷⁸ Lo que nos lleva al siguiente presupuesto: la agresión

3. La naturaleza de la agresión. Para toda defensa legítima es preciso que medie una agresión real, pero es innecesario que ella sea físicamente violenta.

1) Lo esencial es que se trate de una acción que aparezca objetivamente peligrosa que se dirija a la lesión de un bien jurídico individualizado en una persona u otro ser objeto de protección jurídica. Sin olvidar que la valoración ex-ante de una causa de justificación apareja que las circunstancias fácticas que le den motivo al

⁶⁷⁶ Ejemplo citado por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, en op. cit., p. 591.

⁶⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 591.

⁶⁷⁸ Ídem., op. cit., p. 591.

momento de la acción sean de por sí razonablemente suficientes para significarla como agresión que dé pie al rechazo lesivo de quien actúa al amparo de la justificante.

2) La agresión violenta denota un acometimiento físico o el empleo de medios materiales que en la mayoría de los casos se da, pero que la eximente no presupone de manera necesaria, porque por igual se puede agredir a un bien jurídico sin necesidad de arremeter materialmente contra él. Por ejemplo es admisible la legítima defensa contra las acciones de difamación que lesionan al honor, interrumpiendo a quien esté difamando verbalmente.

3) O incluso se puede afectar un bien jurídico con una injusta omisión, como sucede cuando la madre omite alimentar a su hijo recién nacido en cuyo caso se le puede coaccionar para que lo alimente o bien irrumpir en la morada ajena donde se encuentra el menor para proveer al infante o bien apartar a la madre para tal efecto. También se puede no poner en libertad a alguien cuando jurídica y notoriamente ya se esté obligado a ello, por lo que cabe la fuga legítima con fuerza en las cosas de ser necesario, etc. En todos esos eventos la agresión pasiva debe provenir del garante (obligado jurídicamente a hacer lo posible para preservar el bien jurídico del peligro de lesión que la omisión le irroga), por lo que en el último ejemplo la omisión puede provenir tan de quién no ordena la libertad como de los que estén subordinados a las ordenes del mismo garante y no actúen en consecuencia no obstante la conducta arbitraria del superior jerárquico. La agresión pasiva puede consistir igualmente en la realización de tipos penales de conducta omisiva simple, como cuando alguien no lleva al herido en su vehículo al hospital y se emplea la fuerza moderada para desposeerlo del coche y trasladar al lesionado.

4) Se aduce que el incumplimiento de una obligación civil que no se impute como conducta típicamente lesiva no es susceptible de constituir una agresión que justifique la legítima defensa más allá de insistir en el cumplimiento de la obligación y advertir al obligado de la demanda respectiva, en tanto es la misma ley la que señala que esa omisión específica debe compensarse mediante una acción civil u otros recursos jurídicos, como sucede con el impago de la renta o de una deuda. Lo cual es cierto casi siempre, pero no en todos los casos. Porque suceder que el incumplimiento o la violación civil configuren en sí el peligro inminente de lesión de otros bienes jurídicos que haga necesaria una acción de remedio que de no efectuarse los dañaría irreversiblemente, dado que el resultado de la acción judicial resarcitoria llegaría demasiado tarde. Zaffaroni apunta: (...) Tal sería el caso del sujeto que no paga a su empleado y lo coloca en una situación de miseria, lo que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo o pagar el alimento del que ya carece su familia.⁶⁷⁸

5) También es cierto que la infidelidad conyugal constituye acción antijurídica que lesiona al cónyuge ofendido y aunque a primera impresión podría estimarse que aquella conducta de ordinario no está "dirigida" contra el cónyuge ofendido, tal argumento queda sin sustento cuando precisamente la conducta del infiel tenga el sentido de ofender al cónyuge. Sin embargo, la infidelidad dirigida a ofender al cónyuge no permite una repulsa

⁶⁷⁸ *Idem.*, op. cit., p. 592.

físicamente violenta que origine lesiones, ni siquiera cuando aquella constituya delito de adulterio porque se dé en el domicilio conyugal (artículos 273 del CPF y 327 del CPC). Pues aunque el acto de infidelidad en sí pudiese ser considerado una "agresión", el hecho es que hay medios menos lesivos para impedir la infidelidad e incluso está penado —aunque atenuadamente— lesionar o dar muerte en estado de emoción violenta (artículos 310 del CPF, 136 del CPDF, 347 y 348 del CPC.) Asimismo, porque la infidelidad es causal de divorcio que puede demandar el cónyuge ofendido. De ello se sigue por igual que el incumplimiento —con el propósito de ofender— del débito conyugal —bien jurídico cuyo disfrute contempla la institución del matrimonio— no es defendible mediante legítima defensa violenta, más aún cuando la SCJN consideró que la cópula que por la fuerza impusiese el cónyuge contra la voluntad del incumplido era constitutiva del delito de ejercicio arbitrario del propio derecho²⁰⁰ y toda vez que ahora tal clase de conducta se tipifica penalmente como violación entre cónyuges (artículos 265-Bis del CPF, 174-último párrafo del CPDF y 385 del CPC.)

6) Pero asimismo la agresión debe ser real. Más no faltará la realidad de la agresión cuando exista una tentativa absolutamente inidónea en el medio aparentemente agresivo que se emplea —como cuando se apunta con un arma que no está cargada—. Pues lo que en el fondo importa es que las circunstancias que se valoren al momento de la acción sí sean "reales" y que ellas en sí y de por sí indiquen razonablemente —a los ojos de un observador imparcial del hecho— que existe la agresión para dar pie a la excluyente. No se trata entonces de reconducir aquellos eventos al ámbito de las justificantes putativas que debieren ser tratadas como errores invencibles ya sea de tipo o de prohibición, sino de examinar con objetividad los casos en que la conducta de quien se defiende es todavía conforme a Derecho. Porque de nada servirían las normas valorativas si en ese primer contexto se desatiende a la conducta y las circunstancias que le dan pie. Así, por ejemplo: si no se duda en conceder una eficacia eximente de pena al sujeto ilegítimamente agredido con un arma que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que "ex-post" se comprueba como su agresor real; no se ve entonces razón suficiente para que se le niegue ese derecho a quien actúa de igual forma frente a una agresión que ex-post resulta falsa. Ya que es al momento de la conducta de quien reacciona ante el motivo de la justificante como el Derecho debe valorar esa conducta frente a esas circunstancias reales que le dan origen. Como ya se apuntó en otro apartado: Negar en estos casos la licitud de la conducta es hacer nugatorio el sentido jurídico de las causas de justificación como normas que circundan a las normas prohibitivas y convertirlas a la vez en una lotería de justicia.

²⁰⁰ VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO, NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 228 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmune deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como pueda ser parásitos que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo. (Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Parte: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a. /J. 10/94. Página: 18. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lestar, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gubiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal. Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gubiérrez, Clementina Gil de Lestar y Luis Fernández Doblado.)

Así pues en aquellos casos no se trata de una defensa putativa que configure causa de inculpabilidad por error, sino de una verdadera defensa legítima, más aún, porque si de acuerdo con los artículos 1910 del CCDF y 1851 del CCC, no hay obligación de indemnizar cuando el daño se cause como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, a mayoría de razón faltará esa obligación cuando el daño se deba al actuar doloso de la misma (en el supuesto de que la agresión irreal no se haya realizado por broma, sino para conseguir un fin delictuoso.) Pero también puede suceder que quien ejerza la acción de repulsa sepa de las condiciones en las que actúa el agresor y en tales eventos cabe hacer las precisiones siguientes: Es obvio que la agresión que se basa en un medio absolutamente inidóneo no es una agresión real en el sentido de que *ex-post* el medio empleado representa una idea falsa, pero igual es verdad la posibilidad que aquella conducta constituya un ataque antijurídico real a otro bien cuya defensa sea necesaria en una medida racional. Se tiene derecho a rechazar actos de molestia que en sí sean antijurídicos, mas su repulsión legítima es posible en la medida que sea racional. Igualmente, si quien amenaza se propone realmente lesionar otro bien jurídico a través del medio inidóneo —por ejemplo robar— a mayoría de razón debe estimarse que en tal sentido hay agresión antijurídica y motivo para repelerla en su medida racional. Cabe mencionar que Zaffaroni estima que: (...) en los casos en que la situación exista, pero se valore la necesidad con cierto grado de inexactitud comprensible, no se envía automáticamente el problema a la culpabilidad... [para agregar enseguida que] (...) la regla pareciera ser que la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse con la imaginación del agente o de terceros observadores, pero que no cabe igual solución cuando la situación existe y la imaginación sólo opera sobre la intensidad de la situación misma.⁵⁸¹ Con base en ello, Zaffaroni señala que la agresión (...) debe valorarse siempre *ex-ante* y no *ex-post*.⁵⁸² Es decir desde el punto de vista de un observador imparcial que tome en cuenta lo que fuese conocible por el sujeto al momento en que se defiende. Así, Zaffaroni agrega: (...) Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se compruebe que el agresor le apuntaba con un arma descargada. Pero si *ex-ante* fuese posible reconocer la innecesariedad de la defensa y ésta no se hubiese reconocido en razón de un verdadero yerro provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad.⁵⁸³ Y es que por igual cabe pensar que quién resiente una agresión cuya irrealdad es provocada por quien la representa, no tiene por qué verificar su realidad, espera que —en los casos normales— aparejaría el riesgo de sufrir irremediamente las consecuencias en perjuicio propio o del tercero al que se le defiende. Ni tampoco el tercero que en esas circunstancias acudiese en auxilio del agredido de aquella manera tiene por qué soportar una defensa de su acción, ni menos afrontar la indemnización por lo que sería su supuesta conducta antijurídica cuando fue ajustada a Derecho, según las circunstancias reales que evidenciaban *ex-ante* la agresión que se rechaza.

4. El carácter antijurídico de la agresión. La agresión debe realizarse "sin derecho". El interpretar la expresión "sin derecho" en su acepción literal llevaría a ciertos eventos al absurdo en que se pretendiese fundar la defensa legítima contra la acción de una persona porque no tenga un derecho en particular para

⁵⁸¹ *Idem*.

⁵⁸² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegria y Alejandro Sikar, *op. cit.*, pp. 587 y 588.

⁵⁸³ *Idem.*, p. 587

hacerlo, aunque no actúe de manera antijurídica. Lo cual también pasaría por alto el derecho general de acción en el marco del ejercicio responsable de nuestra libertad constitucionalmente reconocida. Todo lo que no esté prohibido está inscrito en ese gran marco. La expresión agresión "sin derecho" apunta así a una connotación más amplia del vocablo, en el sentido de que la agresión sea "antijurídica", esto es, que se dé en el contexto de colocar en riesgo de daño a un bien jurídico (desvalor del resultado) a través de una conducta contraria a Derecho (desvalor de la acción.)

De aquí que no se admita la legítima defensa en contra de otra conducta amparada en la misma causal o en otra causa de permisión. Como tampoco sea admisible —en su forma de legítima defensa de terceros— cuando el tercero ha consentido válidamente en que se le dañe un bien disponible por él. Así, la antijuridicidad de la agresión no se determina sólo por el desvalor del resultado, ni nada más por el desvalor de la acción. En éste último aspecto, es insuficiente que alguien realice una acción peligrosa si acaso origina la situación cuando guardaba el cuidado debido. En el primer aspecto, no cabe admitir la defensa legítima contra un mero desvalor de la acción cuando ella no sea peligrosa para el bien jurídico. Con base en esa distinción se pretende aclarar por qué no se da legítima defensa sino un estado de necesidad cuando conducido un coche con el cuidado debido, con motivo de aceite en el pavimento aquél se deslice hacia unos viandantes que para detener o desviar la marcha del auto disparen contra sus llantas. Lo cual es correcto en la solución pero no en la razón, porque en tal caso falta en realidad una conducta de agresión a partir de cuando el vehículo queda fuera de control. De aquí que el fundamento correcto en esos casos sea la justificación de la conducta por estado de necesidad. Por lo demás, aunque una conducta sea contraria a una norma pero sin que ella ataque directamente al bien jurídico de otro —como el viandante que da un trago de cerveza en la acera pública contra la prohibición administrativa en ese sentido— aquél "otro" no tiene porqué erigirse en policía arrogándose el uso de la fuerza contra el bebedor o siquiera para llamarle la atención correctivamente. Igualmente es improcedente la defensa cuando se trate de actos formalmente legales de las autoridades aunque en el fondo sean ilegítimos, como sucede con la prisión preventiva en un proceso en el que luego se revoca el auto de formal prisión que la funda o con el cumplimiento de una orden judicial de cateo contra la que luego se concede el amparo en sentencia que causa ejecutoria. Pero la legítima defensa sí será admisible cuando se dé la ejecución de ordenes o de determinaciones con direcciones lesivas que sean manifiestamente arbitrarias o ilegales, como sería si un juez dispusiera coaccionar a un testigo o que un militar ordenara aplicar un tormento. Respecto a la detención fuera de procedimiento, el agredido puede resistirse a ella legítimamente cuando la misma no obedezca a ninguno de los supuestos en los que la C. permite la detención (artículos 16 y 21 C.), o bien no obedezca a una medida de apremio, ni a una corrección disciplinaria impuesta por quien tenga la facultad legal y el motivo para ordenarlas.

La ley sólo exige que la agresión sea sin derecho sin que condicione la procedencia de la defensa legítima a que dicha agresión sea también dolosa y culpable. Por lo tanto, carecen de sustento las tesis que estiman que además de antijurídica, la agresión debe tener aquellas características. Porque hay ya una agresión antijurídica cuando una persona se conduce sin dolo pero pone en peligro un bien jurídico al desatender respecto de él el debido cuidado. Y porque los menores o los dementes pueden actuar antijurídica e inculpablemente. La

tendencia a subjetivizar el injusto al grado de fundirlo con la culpabilidad, no solo se desentiende de las normas del Derecho vigente, sino que lleva a concebir a la legítima defensa como una causa que da lugar a que el repulsor se convierta en quien debe punir al delincuente, tarea reservada a los jueces previo el debido proceso legal. Además, reduce el ámbito de la legítima defensa a cercos difíciles de aceptar. Y el costo de desdibujarla logra tan solo una dudosa ubicuidad de los casos al terreno de un estado de necesidad omnicompreensivo e indiferenciado entre el que es de carácter justificante y el que es de naturaleza inculpable, y porque aún de esa manera de todas suertes dichas posturas no quieren exigir al agredido que soporte la antijurídica intromisión. Pero tampoco es preciso que la conducta antijurídica sea penalmente típica como lo sugiere Roxin.²⁰⁴ La conducción de un coche en la vía pública de una manera concretamente peligrosa (dar sig-zags por mero juego) sin que motive un daño es penalmente atípica pero puede ser antijurídica y suficiente para hacer que el acompañante la pueda impedir en una medida que sea racional.

5. El carácter "actual" o "inminente" de la agresión. El presupuesto esencial para la defensa legítima es la injusta agresión, siempre y cuando sea "actual" o "inminente" la afectación del bien jurídico que se defiende. De aquí que —con la voz "inminente" ya adscrita a la agresión— la fracción II del artículo 44 del CPC abunde y se refiera luego no sólo a repeler la agresión, sino también a impedir la. Se pone así coto a algunas ejecutorias que establecieron que no hay defensa legítima si el agredido impide el ataque, lesionando al injusto agresor cuando apenas empieza a sacar la pistola que porta en la cintura. Exigiendo que el titular del bien prácticamente esperara hasta que se apuntara o el disparo se produjese. De esta manera la legítima defensa no se reduce al restringido espacio de que ya deba existir una agresión —"actual"— para que aquella se pueda dar: en el sentido de que ya se haya iniciado la ejecución típica de un delito o simplemente la conducta antijurídica en contra de quien luego se defiende. Ese criterio conducía muy de cerca a la prohibición del artículo 17 C. y dejaba casi sin efecto el principio de prevailecimiento del Derecho y más aún, al de protección individualizada y racional de los bienes jurídicos. Es suficiente con que la agresión sea "inminente", lo cual también apareja ampliar pero no llevar demasiado lejos los límites de la excluyente, en tanto que de aquella voz —cuyo significado literal es "amenaza o que está por suceder prontamente"— se deduce que la agresión se debe manifestar a través de actos previos inmediatos al inicio de ejecución de una conducta típica o al menos antijurídica y que indiquen en este sentido.

Hay ya agresión: **1)** "actual" que motiva la defensa cuando el sujeto apunta con su pistola a quien luego se defiende. Pero por igual la defensa se motivara por la agresión: **2)** "inminente", cuando el agresor lleve su mano hacia el revolver que porta, en un contexto que revele su intención de disparar contra otro. La acción defensiva se justifica no solo cuando la agresión se manifiesta en la inminencia de un daño al sujeto pasivo que éste impide. Ni solo respecto de un acto de agresión que ya se ejecuta. Sino, además, la repulsión es lícita cuando la agresión ya lesionó pero según las circunstancias ella implique un concreto e inminente peligro de continuar lesionando o de dañar irremisiblemente el bien jurídico protegido que se defiende. En tales casos, evitar la continuación de la agresión equivale a impedir la. Al respecto, es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

²⁰⁴ Claus Roxin, op. cit., Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, pp. 219 y ss.

LEGÍTIMA DEFENSA. EXISTE LA CONTEMPORANEIDAD CON LA AGRESIÓN, CUANDO ÉSTA SE DESCOMPONE EN VARIOS ACTOS Y ALGUNOS ESTÁN POR REALIZARSE. No se excluye la contemporaneidad de la agresión con la acción de repulsa, ni la inminencia del peligro que la agresión representaba para el ahora sentenciado y su hermano que se encontraba herido en el lugar de los hechos: si se toma en consideración que, cuando el comandante tomó de la mano al atacante para tratar de evitar que continuara su ataque, éste persistió en su agresión, disparando su arma (aun cuando en virtud del forcejeo con el multiferido agente de la autoridad, se desviaron los disparos al aire). Ya que es claro que en ese contexto permanece la antijurídica conducta agresora y el peligro que de ella se deriva. Pues si ésta ya produjo daño y se continúan realizando actos conducentes a la causación de otro u otros de igual naturaleza, o de mayor gravedad: Sería indebido fraccionar o aislar los diversos actos de dicha conducta, para sostener que la agresión ha culminado, porque uno de los actos haya sido frustrado, si por las acciones del agresor todavía existe la inminencia de que se reiteren otros que puedan causar igual o mayor lesión de la que ya se produjo. 665

C. Las condiciones de la acción de defensa para que sea legítima. Si el presupuesto de la legítima defensa se constituye entonces por una injusta agresión actual o inminente a un bien jurídico. Las condiciones para que se configure el instituto con relación a la conducta del agente que se defiende, se circunscriben esencialmente a dos: la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados para la repulsión.

1. La necesidad de la defensa. Los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del CPDF y 44-II del CPC, condicionan la legitimidad de la repulsión a "... siempre que exista necesidad de la defensa... ". Y también a que "... no medie provocación dolosa suficiente e inmediata... (del repulsor)". Con la exigencia de la "necesidad" de la defensa, se alude a la que es mínimamente indispensable en lo posible para excluir el riesgo inmediato de sufrir un daño o de evitar que éste continúe. Por lo tanto, la defensa ha de ser la mínimamente imprescindible en cuanto que en un juicio ex-ante se elija el medio menos dañino posible, siempre que sea eficaz en impedir sin riesgos el daño o su continuación al bien jurídico que se defiende.

La exigencia del medio menos dañino posible se atempera cuando de nada valdría hacer uso del medio menos lesivo dentro de varios que se tuviesen al alcance, si es que aquél es inidóneo en el caso concreto para rechazar o impedir la injusta agresión o bien para hacer cesar el riesgo. De lo cual también se desprende que el agredido injustamente no tiene porque soportar riesgos innecesarios al repeler o impedir la agresión. Por supuesto que en incontables casos será indicado que el agredido acuda primero a advertencias, las que tratándose de armas a su alcance pueden consistir en prevenir al agresor de que si persiste se usarán en su contra —advertencia que bien puede ser implícita en algunos casos, como cuando el arma se muestra a quién ya inició una agresión—; e incluso —tratándose de armas de fuego— el agredido puede disparar al aire como medio disuasor o —según el caso— dirigirlo a las piernas del agresor. Lo cual se tiene que decidir según las circunstancias de cada caso, en la medida que éstas permitan emplear primero el medio menos lesivo. Porque también puede suceder que por las circunstancias del caso se infiera de antemano que el empleo de aquel recurso será ineficaz o bien que esa maniobra en vez de impedir o disminuir el riesgo incrementará el peligro de una lesión irremediable. De esta manera, ante la agresión actual y tumultuaria de unos pandilleros armados en un lugar apartado sería contraindicado que primero se les hiciera un disparo de aviso, como también éste sería sobrado cuando injustamente ya se ha herido con un puñal y el agresor persista en su ataque injusto. Lo mismo se puede decir cuando el injusto agresor es muy superior en condiciones físicas al agredido y ya le sujeta fuertemente con ánimo de herirlo gravemente o matarlo, si es que el agredido hecha mano del arma que

⁶⁶⁵ TSJC, Sala Penal, T. P. 39/91, sentencia 18/92, enero 24 de 1992, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann Arizpe, Tesis Penales, Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah., México, 1992, T. II, pp. 424 y 425.

porta en vez de usar los puños o su propia fuerza. Igual sucede cuando la persona ya lesionada por un grupo de individuos que le ataca injustamente y ya en el piso a consecuencia de los golpes, aquella emplea una navaja que porta, hiriendo a quién en ese momento le lanza un puntapié. El criterio rector de la defensa legítima lo es pues la necesidad de un medio defensivo que sea racional, en la medida que el mismo sea el mínimo posible para ser eficaz en repeler o impedir sin riesgos la agresión. Será innecesario golpear de inmediato con fuerza al borracho agresor que ya padezca severa descoordinación impulsora, pues para repelerlo basta un empujón, pero no sucede lo mismo cuando aún con aquella disfunción el briago embista con tal furia que se precise de algo más que un mero empujón, ni menos todavía cuando el borracho aún conserva coherencia motriz y acomete con ímpetu y de modo peligroso o incluso aún sin aquella, todavía continúa arremetiendo con igual arrebatado y modo.

Por otra parte, con la condición negativa de que la agresión no se provoque de manera dolosa, suficiente e inmediata, se elimina la referencia que antes se hacía a las diversas circunstancias relativas a la previsión y evitabilidad de la agresión. Las que tantos problemas exegéticos presentaron y los cuales muchos de ellos llevaron a soluciones indeseables. Estos problemas se pueden zanjar simplemente aludiendo a la "necesidad" de la defensa. Ya que si no existe "necesidad" de la repulsión, no sería valedero hablar de defensa legítima. Pero, además, es claro que no puede invocar en su favor la necesidad de la defensa quien hace surgir la agresión porque la quiere o la consiente, o cuando con la misma actitud psicológica va hacia la agresión prevista y da origen a ella, provocándola. Ese sujeto en el fondo quiere contender y esto ya resulta incompatible con la defensa legítima. Para caracterizar lo anterior el CPF, el CPDF y el CPC exigen que el agente o la persona a quien se defiende no deban provocar la agresión de manera suficiente e inmediata. En caso contrario, la legítima defensa no se configura.

Ahora bien, se debe evitar confundir la "provocación" con la "previsión" de la agresión, también llamada incorrectamente "provocación imprudente". Ésta sí podría ser motivo para excluir la defensa legítima de acuerdo con el texto anterior de la ley. El que aludía a la previsión y la evitabilidad de la agresión. Pero ahora la ley emplea el vocablo "provocación". Y las palabras «provocación» e «imprudente» ya son antinómicas de por sí. La acción de "provocar la agresión de manera suficiente e inmediata" apareja la voluntad de irritar o enojar al contrario de modo tal con el fin de que enseguida reaccione con un acto ilícito. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española apunta que "provocar" significa "incitar, inducir a alguien a que ejecute algo"; o bien, "irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje"; "mover o incitar; esto es, "hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella".⁸⁰⁰ Así el provocado aparecerá como agresor, dando el pretexto para simular que hay defensa. Pero será insuficiente para excluir la legítima defensa cuando por la acción que se realiza —sin que ésta constituya provocación— sea previsible que otro se enoje y agrede. Porque quien así actúa carece de la voluntad de "provocar". Y asimismo faltará provocación "suficiente" cuando el motivo de irritación al que se dé lugar sea nimio en comparación con la reacción y estará ausente la "inmediatez" de la misma provocación cuando medie un tiempo más o menos largo entre el momento en que ella se realiza y cuando se da la conducta reactiva. En todos esos eventos el sujeto que

⁸⁰⁰ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

simplemente previó la agresión, o que la provocó de manera insuficiente o lo hizo de manera bastante pero desde mucho antes de que se dé la conducta reactiva, puede legítimamente defenderse de ésta. Tampoco obsta a la necesidad de la defensa el que el agredido pudiera salir huyendo y evitar así la agresión, simplemente porque la ley permite repeler la agresión como un derecho y escapar corriendo no es repeler la agresión y el estimar que la defensa legítima no se configuraría porque el agredido tuvo aquella opción, significaría negar el derecho que tiene el agredido a defenderse. Se trata pues de que prevalezca el Derecho y no de que impere el dominio de quienes ejecutan actos injustos. Lo que sí es indicado es pedir la ayuda de terceros, pero sólo si ello no implica salir huyendo y sea razonablemente presumible que aquellos estén dispuestos a intervenir oportunamente en la defensa, de tal manera que así se pueda emplear un medio menos lesivo del que se emplearía de no intervenir los terceros sin que por ello se corra un mayor riesgo. Como cuando el agredido injustamente con golpes tiene una condición física muy inferior al agresor inminente y aquél puede usar una pistola en contra de éste en vez de huir, pero también puede impetrar la ayuda de otros sin mayor riesgo.

Asimismo, es preciso que el acto de repeler la agresión sea contemporáneo a la agresión. Si la agresión cesa, la defensa deja de ser necesaria. De tal manera que cuando falta dicha contemporaneidad porque ya concluyeron las acciones lesivas del inculpado, aunque medie el antecedente de la injusta agresión, la acción de aparente repulsa que se dé después es inamparable bajo el instituto de la legítima defensa. Pero a ello cabe prevenir que cuando la acción posterior del agredido ya no pueda lesionar bien alguno del agresor porque el acto de repulsa racionalmente necesaria ya lo dañó irreparablemente, el exceso es irrelevante para impedir la excluyente con relación al bien dañado mediante la repulsa, toda vez que el abuso ya no causa más daño que el ya dado en el contexto de defensa legítima. Como sería si después de muerto el agresor en legítima defensa, el agredido continúa realizando algunas acciones contra el cadáver de aquél. Pero diferente será la situación cuando el bien jurídico del agresor sea susceptible de ser dañado de manera continuada o permanente, porque en tal caso y de haber ya cesado la agresión, el acto de repulsa es del todo innecesario, por lo que puede configurarse el exceso siempre y cuando la acción continuada de repulsa no se haya interrumpido durante un lapso por el cual quepa pensar que sólo se trata de una venganza ya ni siquiera amparable en la atenuante del exceso.

2. La racionalidad de los medios empleados en la defensa. Además de la necesidad de repeler la agresión, es preciso que la misma repulsión sea racional. Requisito éste que el artículo 29-IV del CPDF omite mencionar, pero que debe entenderse que subyace en la condición de que la defensa sea "necesaria", habida cuenta que toda repulsión que entre al terreno de la irracionalidad de la defensa deja de ser ya la estrictamente necesaria para repeler la agresión. De no ser así y entenderse la necesidad de la defensa sin esa limitación, se llegaría al absurdo de estimar actualizada la causal cuando el dueño de una tienda mate al niño que se roba un dulce del estante, en tanto aquella acción sería la necesaria para impedir la antijurídica agresión.

Se entiende por "racionalidad" de la repulsión, la que es jurídicamente adecuada para evitar una desproporción absurda entre las lesividades de la agresión y la defensa, según las circunstancias del caso. La ley no exige así una proporcionalidad entre los medios del agresor y el repulsor, pero la exigencia de racionalidad sí demanda —en las palabras de Zaffaroni— (...) que haya ausencia de desproporción aberrante...⁸⁸⁷ entre la conducta del agresor y la de defensa según sus respectivas lesividades. Por lo tanto, la defensa, además de ser la mínimamente indispensable en cuanto que en un juicio ex-ante se elija el medio menos dañino posible, siempre que sea eficaz en impedir sin riesgos el daño al bien jurídico que se defiende, debe por igual ser jurídicamente adecuado en evitar una desproporción irracional entre las lesividades en juego. Lo dicho hasta aquí también es válido en los casos de los llamados "offendicula" (medios físicos o mecánicos de defensa dispuestos de antemano.) Pues ellos serán racionales en la medida de que no se disponga de un medio menos lesivo y no haya una desproporción absurda entre el bien protegido y el que se lesiona con el dispositivo de defensa. La defensa será irracional cuando esos medios defensivos son de tal naturaleza agresiva que se da una desproporción evidente entre el bien que se defiende y el que se lesiona con el offendicula, al igual que cuando sea posible disponer de uno menos lesivo. Dice Zaffaroni: (...) La bomba en la caja de seguridad no estará justificada, pues bien puede colocarse una alarma. La defensa de las gallinas y flores a través de electrificación [de alto voltaje] en las cercas también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que tampoco hay legítima defensa.⁸⁸⁸ Asimismo, para decidir la "racionalidad" de la defensa no obsta que falte proporcionalidad entre los medios del agresor y el agredido, porque con la expresión legal "racionalidad de los medios empleados" se pretende evitar echar mano del criterio de la "proporcionalidad" en los medios utilizados que no siempre es el más adecuado para delimitar la defensa legítima. El rechazo de un criterio de proporcionalidad entre los medios defensivos y los del agresor como pauta para decidir la legitimidad de la defensa se pone de manifiesto con lo que disponen los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF respecto de la calificativa de ventaja no sólo en lesiones y homicidio, sino también respecto de los demás delitos previstos en el Título Decimoctavo del CPF (amenazas, allanamiento de morada, asalto, aborto, abandono de personas y violencia intrafamiliar), porque la ventaja no se tomará en consideración si el que la tiene obra en legítima defensa en los casos de superioridad física al ofendido, o por las armas que emplee o la mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de defensores, ni cuando se valga de un medio que debilite la agresión. Lo cual también es aplicable en cuanto al CPDF con relación al delito de violencia intrafamiliar, porque su tipo penal involucra conductas lesivas a la salud personal de los integrantes de la familia. Con base en lo dicho —y especialmente según lo que prevén los sendos artículos 317 del CPF y 138 del CPDF— el derecho a la legítima defensa respecto de familiares que agredan en cualquiera de las modalidades del tipo penal de violencia intrafamiliar se admite a tal grado, que en esos casos la ley acepta de manera expresa la desproporción en los medios que se empleen en la repulsión. Lo cual excluye el argumento de que cuando medie una relación jurídica de protección recíproca debe ser más estricto el criterio de la racionalidad de los medios porque entre los familiares cabe esperar una

⁸⁸⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 587.

⁸⁸⁸ Idem., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 587. Nota: lo incluido dentro del paréntesis es mío.

relación de solidaridad. Pero, además, porque ese deber de solidaridad ya falta precisamente cuando el agresor emplea reiteradamente la fuerza física o moral en contra del familiar.

Con lo expuesto ya queda claro que para decidir la racionalidad de la defensa legítima también juega un papel de importancia *la falta de desproporción intolerable entre las lesividades del agresor y el defensor*. En tal factor lo concluyente no es en sí la proporcionalidad entre el valor de los bienes en conflicto como sucede en el estado de necesidad, donde se justifica la conducta cuando es necesario que se suprima un bien de menor valor para la salvaguarda de otro o bien tal conducta se disculpa si los bienes son de igual valía. En tanto en la legítima defensa la ley no alude a esa ponderación de bienes, sino que lo decisivo es la necesidad para evitar racionalmente el resultado de la conducta antijurídica. Los límites de la ponderación de bienes del estado de necesidad se sustituyen por el de la necesidad de la defensa y la racionalidad del medio en tal defensa, de tal guisa que en ésta puede haber desproporción de bienes en la medida que ella no sea aberrante en el caso concreto. Así, es claro que el medio empleado será racional cuando con la repulsión se lesionan bienes jurídicos de igual o menor valor que el bien que se defiende. Es decir, es lícito lesionar el bien de quien voluntaria y libremente entra al terreno de la ilicitud, a costa pretendida de un bien jurídico de igual o mayor valor. Pues el agresor, al atacar ilícitamente asume el riesgo de su propio bien que luego necesariamente se le afecta para impedir o hacer cesar su agresión. Mas la consideración es algo distinta cuando se trata de defender un bien de menor valor al bien que se dañará con la repulsión. En estos supuestos, la acción agresora al bien jurídico deberá proyectar peligro a otros bienes jurídicos o aparejar el peligro de una lesión personal irremediable. Es decir, que luego sea imposible reparar. Será irracional rechazar o impedir la acción agresora de un bien de menor valor del que se lesiona con la repulsión, si se tiene al alcance otro medio menos perjudicial para evitar la agresión o el daño es reparable. En tales casos no se puede decir que el agente amolda su comportamiento a la defensa legítima, porque su ejercicio implicaba, a la vez, el deber de ajustar su reacción a la medida estrictamente necesaria y *"racional"* para impedir o rechazar el acto de agresión. Así, será irracional por su inadecuación jurídica —desproporción aberrante entre las lesividades— privar de la vida a quién intente apoderarse una cosa ajena si el ladrón no porta arma alguna ni realiza alguna acción que sea peligrosa para la vida e integridad personal. De consumarse el robo, sería igualmente irracional privar de la vida a quién huye desarmado con la cosa robada. A menos que el ladrón en su huida realice con el arma alguna acción potencialmente peligrosa para la vida o integridad de quién lo lesiona o de otros. Tratándose de la muerte del violador cuando yace o intenta yacer mediante violencia: el interés en el prevalecimiento del Derecho y el de la protección individualizada de bienes jurídicos no descansa tan solo en defender la libertad sexual del agredido frente a la vida del agresor. Ya que a la vez éste agrade la integridad física y psicológica de la víctima. Además de su dignidad, su honor e incluso a su propia vida. O bien porque el agresor acomete su injusta acción de tal manera o violencia, que cualquier resarcimiento será imposible de no evitarse o rechazarse aquella mediante la drástica repulsa de matarlo.

Resta el caso de la legítima defensa contra el chantaje. ¿Es posible que aquella se dé cuando lo que cabría serla la denuncia del chantajista? La respuesta es sí aunque con ciertas restricciones. En efecto, considerando que lo que se amenaza no es tan sólo el patrimonio de quien es objeto del chantaje, sino otros bienes (honor o

reputación principalmente) que se lesionarían con la revelación del chantajista y siempre que no se trate del ocultamiento de un delito que cometió el agredido del cual se tengan las pruebas del mismo, sino de comportamientos en la esfera privada del agredido, siguiendo a Roxin sí cabe admitir diversos medios como engaños o incluso amenazas al chantajista, así como también el allanamiento, los daños menores a la propiedad y el robo o la destrucción de las evidencias comprometedoras, pero en todo caso debe excluirse el uso de la violencia contra el agresor chantajista.⁶⁹⁹

D. La legítima defensa privilegiada. Los artículos 15-II-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF prevén que:

(...) Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

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

A su vez el artículo 45 del CPC señala que (...) se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, en favor de aquél que: cause cualesquier daño a quien sin derecho y por cualquier medio que implique peligro personal, revele la posibilidad de penetrar al hogar o sus dependencias; o a los de la familia; o a los de cualquier persona que tenga la misma obligación de defender; o al sitio donde se encuentren bienes propios, o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. O bien, para quien sorprende a un extraño o éste lo sorprenda en uno de aquellos lugares por la noche o en circunstancias que revelen la posibilidad de sufrir una agresión personal.

Las diferencias entre las fórmulas saltan a la vista. Entre otras destaca que mientras el CPF y el CPDF respecto a la legítima defensa privilegiada aluden a una presunción que admite prueba en contrario, el CPC no hace esa salvedad. En Argentina⁷⁰⁰ y en México⁷⁰¹ la doctrina se inclina para que en cualquier caso deba prevalecer a favor del agredido una presunción que admita prueba en contrario, porque así no se violenta la incompatibilidad de las presunciones *jure et de jure* con los principios del Derecho Penal que deben atender a realidades y no a ficciones que se puedan derivar de tal case de presunciones. Ello implicaría que en los supuestos en los que la ley no indique que se admite prueba en contrario (artículo 45 del CPC) seguiría rigiendo la condición de racionalidad de una defensa necesaria. Ahora bien, el texto expreso de los artículos 15-IV-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF no deja lugar a duda en el sentido apuntado: Se admite la prueba en contrario.

Pero no se puede afirmar lo mismo del artículo 45 del CPC. Las formulas del CPF y el CPDF, además de consignar expresamente que la presunción que regulan admite "prueba en contrario", apuntan que "se presumirá «como» defensa legítima...". Es decir, «como» si fuera legítima defensa pero sin que necesariamente lo sea. Mientras que el CPC se refiere a que "se presumirá que concurren los requisitos de la

⁶⁹⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 665.

⁷⁰⁰ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea, Tipográfica Editora Argentina, 6ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1976, pp. 357 y 358; Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sotnik, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 601 y 602.

⁷⁰¹ Mariano Jiménez Huerta, *La antijuricidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1952, pp. 299 a 306.

defensa legítima...". Donde la expresión legal —de carácter imperativo— "se presumirá" no se modula con un "como" [si]. Pero igualmente tampoco es claro: ¿Por qué debiesen entenderse como presunciones que admiten prueba en contrario los supuestos del artículo 45 del CPC, cuando éste artículo lejos de que incluya las expresiones "... salvo prueba en contrario..." y "...se presumirá como...", parece indicar lo inverso? El asumir que faltará la legítima defensa (cuando la ley parece indicar lo inverso) si se prueba que se rechazó a quien sin derecho intentaba penetrar al hogar o sus dependencias por medios que implicaban peligro personal para quien se defiende o en contra de quien se rechaza tal clase de actos antijurídicos, cuando se prueba, además, la desproporción aberrante entre las diversas lesividades que harían inoperante la presunción y la excluyente, en realidad se introduciría con ello un elemento de inseguridad jurídica en el mensaje normativo: por un lado la norma dispone que "se puede causar cualquier daño" y por el otro diría que si se prueba que hubo irracionalidad en el rechazo, entonces la expresión "cualquier daño" y la misma presunción no servirían de nada. Porque con o sin presunción *juris tantum* la situación es exactamente la misma para el Ministerio Público: siempre tiene el deber de averiguar qué fue lo que realmente sucedió. ¿Qué sentido tiene entonces una presunción así entendida? ¿Qué acaso sólo excluir al inculpado de la carga de la prueba? Porque eso significa que la presunción estaría casi de sobra y que el destino del inculpado dependería de la misma suerte, de si el Ministerio Público logra averiguar —y probar— la verdad. ¿Porqué en vez de ello no ver de lege ferenda tal presunción legal como criticable —lo cual también es discutible—, propugnando su supresión en vez de forzar lo que no dice la ley? Porque creo que respecto del CPC —dado el claro tenor de la ley y las circunstancias que regulan los diversos supuestos de la presunción— la solución correcta es que acreditados los elementos de la presunción, se deberá estimar que concurrió legítima defensa como excluyente de delito y, por ende, a partir de ahí cesará el deber del Ministerio Público de seguir averiguando el hecho, simplemente porque con relación al mismo ya se acreditó la excluyente de legítima defensa privilegiada.⁶⁰²

— XI —

El estado de necesidad

A. El estado de necesidad justificante e inculpable. El CPC distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante. El artículo 44-III del CPC dispone que opera el "estado de necesidad" como excluyente de la antijuridicidad:

(...) Cuando se lesiona a un bien jurídico por salvar otro con mayor valor, de un peligro real y que sea actual o inminente. Salvo cuando el agente ocasione con dolo el peligro; tenga el deber de afrontarlo; o pueda evitarlo por otros medios menos perjudiciales.

Y a su vez el artículo 51-IV del mismo CPC dispone que la conducta es inculpable:

(...) Cuando se lesiona a un bien jurídico por salvar otro con igual valor, de un peligro real y que sea actual o inminente, sin que se pueda exigir razonablemente otra conducta. Salvo cuando el agente ocasiona con dolo el peligro; o el resultado es evitable por otros medios.

Mientras que los artículos 15-V CPF y 29-V del CPDF no hacen una distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad inculpable, englobándolos en una misma causal al disponer que se excluye el delito, cuando:

⁶⁰² La exposición de motivos del nuevo CPC no dice nada al respecto.

(...) Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente [sujeto —dice el CPDF—], lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En las excluyentes de mérito hay un común denominador que también opera para la legítima defensa: Debe mediar la necesidad de lesionar un bien para salvar otro. Pero a diferencia de la legítima defensa donde en virtud de la antijuridicidad de la agresión, la magnitud de la lesión sólo cuenta para excluirla cuando haya una desproporción aberrante entre el bien que se defiende y el que se lesiona, *en el estado de necesidad es decisiva la ponderación global entre el mal que se evita y el que se causa según el valor de los bienes en conflicto en el caso concreto*. Así, **1)** la conducta se “justifica” cuando la valía del bien que se lesiona es menor que la del salvaguardado, más **2)** cuando la ponderación de los bienes es de igual valor, la conducta se “disculpa”. Lo que implica que nunca podrá justificarse el homicidio en estado de necesidad sino sólo disculparse, toda vez que las vidas humanas no pueden jerarquizarse o graduarse, ya que para el Derecho todas tienen el mismo valor. El peligro puede provenir de la naturaleza o de una conducta humana, de aquí que debe sostenerse el estado de necesidad justificante cuando se coacciona para dañar un bien de menor valor que el que se salva en virtud de esa coacción y sólo cuando ésta consista en dañar un bien de igual valor que el que se salva es que se puede invocar como un estado de necesidad —o temor fundado— inculpables.

B. Las condiciones del estado de necesidad. De acuerdo con los artículos 15-V CPF, 29-V y 44-III del CPC, para que opere el estado de necesidad como excluyente es necesario que se halle en peligro de lesión el bien que se pretende salvar con la lesión de un bien de menor o igual valía, siempre y cuando el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente, éste no tenga el deber de afrontarlo y dicho peligro no sea evitable por otros medios. No obstante la aparente claridad de las condiciones del estado de necesidad, es preciso hacer algunas acotaciones:

1. Los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados y lesionados en estado de necesidad. El bien jurídico no tiene por qué pertenecer a la persona que actúa en estado de necesidad, ni tampoco es preciso que aquél bien esté tutelado penalmente. En tal tesitura Roxin aduce que es posible salvaguardar el bien de la correcta administración de justicia cuando enterada la parte de la parcialidad del juez, para probarla no haya otro medio que emplear una grabadora que registre la postura del juez ante el interlocutor sin que aquél conozca y menos consienta en la grabación.⁶⁶⁵ Situación que sería parecida ante una conducta de extorsión. Ésta postura conlleva, ciertamente, a examinar la consabida invalidez de la prueba ilegalmente obtenida —y que no sin frecuencia pasan por alto los juzgadores—. Tal máxima es válida. Y es el caso que se dará el estado de necesidad como causa de justificación cuando el funcionario de la procuración de justicia o el particular demuestren que ante un delito que esté por cometerse o se esté cometiendo no se podía hacer frente de otro modo al problema de la prueba a efecto de hacer viable la procuración o correcta administración de justicia y a reserva de examinar la necesaria ponderación entre la valía del bien que se lesione con el medio de prueba según el modo en que se obtuvo y la del bien que se pretende salvaguardar.

⁶⁶⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 675.

2. La naturaleza del peligro. El peligro puede ser oriundo de la naturaleza, de accidentes, de disturbios o tumultos o del simple obrar de otra persona. Más en el primer caso dicho peligro debe manifestarse de tal modo que no excluya la conducta al convertirse en una fuerza física irresistible. Así, por ejemplo, puede existir el peligro de una inundación que motive lesionar ciertos bienes para salvar otros más valiosos. O bien, en el último caso, puede originarse por la coacción, la cual también constituye un estado de necesidad justificante cuando el bien que se salva es mayor que el que se daña en virtud de aquella. Por ejemplo el sujeto roba en virtud de la amenaza de se que le matará si no lo hace. Sin que el hecho de que el coaccionante llegue a ayudar al coaccionado a la lesión que éste realice le permita a aquél ampararse en la causa de justificación, toda vez que él es quien dolosamente provoca el peligro a través de la coacción ejercida por él. De aquí también se sigue que no deben tratarse como causa de inculpabilidad todos los casos de temor fundado —y en Coahuila, específicamente, dentro del temor fundado que prevé el artículo 51-V del CPC—; porque la conducta se enmarcará dentro del estado de necesidad justificante antes que en una causa de inculpabilidad siempre que el allanarse a la coacción realizando una conducta típica implique salvar un bien de mayor valor que el que se daña en virtud de la coacción. Con base en lo anterior Zaffaroni rechaza que haya un estado de necesidad siquiera inculpable y menos justificante cuando en vez de acceder a las pretensiones de unos terroristas de liberar a un preso por un delito grave a cambio de salvar a rehenes tomados por los extremistas, se aduce como bien de mayor valía la supremacía de la voluntad estatal sobre la vida y los bienes de las personas. Dice el autor argentino: (...) Con ello se pretende argumentar que tratándose de presos por delitos graves, la muerte de los rehenes es un mal equivalente a su liberación.⁶⁰⁴ Sin embargo aunque se debe coincidir con el insigne jurista en el sentido que aquella solución no puede configurar un estado justificante, dado que la vida humana es el bien más valioso y sin la vida de las personas carecen de sentido tanto la sociedad como el Estado. Tampoco se puede coincidir con aquél en el sentido que en esos casos haya un deber de actuar de los funcionarios de acceder a las peticiones de los fanáticos, que de no darse, la muerte de los rehenes también se les debería atribuir a los servidores públicos, toda vez que en esos casos son los extremistas quienes arbitrariamente están haciendo depender de una acción ajena la causa de la muerte de los rehenes, sin que la acción demandada por ellos pueda realmente dominar el hecho de tal modo que así se salve a los prisioneros, ya que la decisión última seguirá dependiendo de los terroristas. Por lo que el caso es diferente a los supuestos en que quién deba realizar la acción posible sí puede con ella tomar el dominio razonable sobre el hecho, salvando a uno o a los más en detrimento de los menos. En el evento apuntado por Zaffaroni —antes que cuestionarse si hay o no hay estado de necesidad—, simplemente falta el tipo porque no se puede imputar jurídicamente el resultado a la conducta de la autoridad debido a la ausencia de dominabilidad de la acción de aquella sobre aquél resultado.

3. El carácter actual o inminente del peligro al bien jurídico y la valoración del peligro. El peligro para el bien que se pretenda salvar puede estar en curso (actual) o solo estar por darse (inminente.) En este último contexto son válidas en parte las pautas que ya se dieron para la legítima defensa. Porque en el estado

⁶⁰⁴Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 604.

de necesidad la inminencia del peligro no está ligada necesariamente a un criterio cronológico —como lo apuntaría la mera interpretación literal—, sino a la posibilidad real de que aquel se pueda dar en cualquier tiempo y a cuya merced se encuentre el bien jurídico que se pretenda salvar. Como sucede con un edificio en ruinas que amenaza demudarse sobre la casa vecina. Como también será inminente el peligro que tenga continuidad debido a su reiteración: Las inundaciones periódicas, por ejemplo. Así pues, hay que diferenciar entre la inminencia del daño y la inminencia del peligro, pues aunque no haya la proximidad del daño, el peligro será inminente cuando posteriormente ya no se le podría hacer frente con éxito o sólo sería posible corriendo riesgos mayores a los que se habrían tenido de actuar antes. Tal es el caso del aborto terapéutico donde no obstante que el peligro de daño en realidad se actualizaría hasta el parto, de todos modos la intervención desde mucho antes será lícita cuando evite aquél peligro y a la vez disminuya los riesgos para la madre de un peligro mayor o ya no manejable si aquella se demora hasta el parto.

La realidad del peligro debe valorarse ex-ante de acuerdo con los datos concurrentes al momento en que el agente realiza la acción lesiva del bien para salvar al de mayor o igual valor. Mas en tales casos se discute con base en qué se deben apreciar las circunstancias concurrentes para sostener la fuente del peligro. Si acaso el juicio correspondería a la persona media del sector social del agente ajustándose en su caso, a los conocimientos especiales que pudiese tener el mismo agente acerca de la concreta situación de peligro; o bien —como lo sostiene Jakobs— (...) de acuerdo con los conocimientos de un experto según la clase de peligro de que se trate.⁶⁶⁶ Ciertamente, la exigencia de Jakobs parecería que se desentiende de que el juicio debe hacerse al momento de la conducta del agente para decidir si una persona media como aquél habría identificado el peligro según las circunstancias realmente concurrentes, atemperado en su caso, por los conocimientos especiales de aquél. Por lo que al subirse la exigencia a parámetros muy altos pretendiéndose prevenir daños innecesarios, a la vez se podría criminalizar al agente que no se halle a la altura e incluso con la exigencia de abstenerse de actuar con el posible costo de que sobrevenga el mal mayor que se quería evitar. Sin embargo, también cabe pensar que en aquellos casos en los que el peligro no esté claro, al igual que en aquellos otros donde la demora no implique que la persona corra riesgo de morir o de sufrir lesiones más graves, el agente mismo se debe abstener hasta contar en lo posible con una opinión experta, en vez de proceder sin más como si fuese un estado de necesidad donde hay peligro claro y la espera aparejaría un riesgo mayor. Los casos en que la valoración ex-ante permita negar la realidad del peligro apareja la falta del estado de necesidad, sin perjuicio de que pueda haber un error del sujeto acerca de tal realidad, mismo que se debe tratar como error de prohibición en el estrato de la culpabilidad. De todos modos, por ejemplo, aunque sea mínimo el peligro de que un accidentado muera si no se le traslada a un hospital desde luego, se justificará utilizar un vehículo ajeno sin consentimiento de quien pueda darlo si acaso no había otro coche disponible y se tema que la demora de buscar al dueño o de pedir auxilio a otros pueda ocasionar un agravamiento innecesario o la muerte del lesionado. También será justificado trasladar al herido en un vehículo a una velocidad mayor a la permitida, pero sin que la celeridad sea tal que en sí misma ponga en peligro tan a los ocupantes del vehículo como a otros conductores o peatones, como tampoco será admisible no respetar los

⁶⁶⁶ Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, p. 500.

semáforos o los altos de tal modo, que sólo por casualidad pueda evitarse un choque. Sin desatender que en esos casos lo que importa es evitar la demora en la atención adecuada sin propiciar riesgos mayores y para la cual no se tienen al alcance los medios para pedir la asistencia profesional. Por ejemplo: El accidente se da en zona rural sin comunicación telefónica o radial. Porque de ser en una zona urbana donde se disponga del servicio de ambulancia pudiendo pedir que aquella acuda al lugar, solo se justificarán los medios lesivos o peligrosos antes dichos para trasladar al herido si es del conocimiento público que en ese lugar es común la tardanza del servicio de emergencias de ambulancias, a menos que el agente no sea del lugar, caso en que será válida la experiencia común bien sea de las personas que haya en el lugar o en su defecto la de aquél. Lo cual nos lleva al punto siguiente.

4. La inevitabilidad del peligro por otros medios no lesivos o menos lesivos. El estado de necesidad no se configura cuando se disponga de un medio alternativo menos lesivo o inocuo. Si para entrar a una casa donde se halla un infante en peligro de caer en la piscina se fracturan puertas cuando estaban sin cerrojo y bien se hubiese podido entrar sin dificultad y con mayor rapidez, los daños causados no se podrán amparar en el estado de necesidad justificante (sin perjuicio del error para la inculpabilidad o atenuación de la misma); como tampoco podría justificarse la disposición del dinero ajeno para evitar una quiebra de la empresa, en tanto que para ella existen los procedimientos legales de suspensión de pagos.

Sin embargo, a veces la ley establece condiciones para poder lesionar ciertos bienes jurídicos. Y se discute si será innecesario cumplir dichas condiciones si estas son de forma, cuando la ponderación de bienes se resuelva a favor del bien que se salva y de todos modos se habría procedido de igual manera de atender las condiciones pro-forma. Ello será así si precisamente cuando la ley prevea que las condiciones formales sean inesenciales para la lesión al bien, de tal manera que de cualquier modo podría procederse sin dar pie a la lesión jurídica; pero en caso contrario la solución requiere de otra fundamentación. Por ejemplo, Roxin aduce el estado de necesidad cuando se incumple con pedir el consentimiento de los deudos para la disposición de un órgano del cadáver que salvará la vida de un paciente en grave peligro de morir, porque de todos modos debido a la preponderancia clara de los bienes, esa situación debe ser resuelta a favor de la disposición.⁶⁸⁰ La tardanza sólo implicaría que el estado de necesidad quedará sin materia por la pérdida del bien con mayor valor. Con tal orientación podrá entonces sostenerse lo mismo cuando se trate de muerte cerebral. Pero antes que ello, hay que tener presente que tan el artículo 344 de la Ley General de Salud como el artículo 239 del CPPC no condicionan el hecho de la muerte cerebral como muerte para todos los efectos legales al consentimiento de los deudos. Satisfechas las condiciones de la muerte cerebral, legalmente se da la misma muerte. Ahora bien, el citado artículo 239 del CPPC condiciona la disponibilidad de los órganos de un muerto para un trasplante al consentimiento en vida del donante —o a falta del mismo, al del de los deudos—, lo que también prevé el artículo 334 de la Ley General de Salud, en cuanto permite la disposición de los órganos del cadáver para el trasplante siempre que exista el consentimiento de los deudos (disponentes secundarios) o en vida no se haya revocado el tácito por el disponente primario. En el anterior contexto se plantea la interrogante

⁶⁸⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 681.

de si cuando se realiza un trasplante sin obtener el consentimiento de tales donantes secundarios ¿acaso se tipificará el delito que prevé el artículo 462 de la Ley General de Salud consistente en: *"ilícitamente obtener o utilizar órganos, tejidos y sus componentes, ...de seres humanos"*? Empero, la respuesta debe ser negativa, por las razones siguientes: 1) Cuando se trate de un trasplante que salvará la vida de un paciente en grave peligro de morir, la conducta de proceder al trasplante sin consentimiento de los donantes se justifica, porque de todos modos, debido a la preponderancia clara de los bienes, esa situación debe ser resuelta a favor de la disposición. 2) Y porque dado el estado de necesidad justificante, la supuesta obtención o utilización del órgano ya no sería "ilícita". En cualquiera de esos casos es donde debe primar con toda su fuerza la condición legal que la conducta de disponer del órgano del cadáver se justifica porque no se dispone de un medio alternativo menos lesivo o inocuo, siendo indiscutible la preponderancia del bien que se salva. La situación no parece ser distinta cuando sin consentimiento de los donantes secundarios se realiza la disposición del órgano del cadáver, para un trasplante que evitará la pérdida de una función orgánica, como sucede con las córneas, como más adelante se verá. Por último, el estado de necesidad también subsiste como causa que justifica la conducta cuando haya varias alternativas igualmente idóneas para salvar el bien: Si para pedir una ambulancia A irrumpe en la morada de B cuando podía hacer lo mismo en la casa de C que está enseguida, ello es insuficiente para negar la causa justificante. Ésta faltará sólo cuando antes de la irrupción en casa de B, C ya hubiese puesto su teléfono a disposición de A; ya que en el primer caso falta la base para sostener que el diverso medio igualmente idóneo hubiese sido menos perjudicial.

C. El valor de los bienes en conflicto. Para decidir cuál es el bien con mayor valor con mucha frecuencia es insuficiente la ponderación abstracta según la naturaleza de los bienes. Se podrá afirmar que el bien de la vida humana es preponderante frente a cualquier otro y eso es cierto. Pero no resulta tan claro que la salud personal sea siempre de mayor valor que otros bienes, digamos los de libertad y de la autodeterminación, los que, por otro lado, a veces se les llegan a sacralizar sin tomar en cuenta ciertas pautas legales que modulan esa exaltación de los derechos esenciales de la personalidad. Porque ello puede depender de la intensidad de la lesión en uno y otro caso. Por ello, no se puede recurrir sin más a la pura jerarquización abstracta de los bienes jurídicos para decidir cuál es el de mayor valor, sino que en muchos eventos tiene que acudirse a criterios objetivos más individualizados, según las circunstancias del caso concreto concurrentes al momento de la conducta para decidir cuál es el bien preponderante. Esos criterios objetivos tienen un valor relativo o mejor dicho carecen de valor absoluto, pues dependen de cada situación en concreto. Pero ello no quiere decir que la valoración pueda tener un carácter arbitrario, ni tampoco que sea suficiente la motivación del juez para tal efecto, sino que también es preciso que aquella motivación tenga asidero jurídico, en el sentido de que el criterio de valoración que se asuma encuentre apoyo en pautas jurídicas deducidas de las valoraciones de la ley. Con base en lo anterior se aducen como criterios o pautas de valoración las siguientes:

1. La jerarquía de los bienes jurídicos en ciertas condiciones de afectación. La cual se deriva de la comparación de las penas legales según el o los bienes jurídicos afectados y las circunstancias típicas de la afectación. Así, no es lo mismo un robo de cien pesos que un robo de un millón de pesos. Y aunque pareciere que la salud personal es más importante que el patrimonio, el robo con amenaza (pero sin daño a la salud) es

penado más severamente que las lesiones levísimas y leves. Como también es incuestionable que la ley pune más severamente al homicidio doloso que la profanación de cadáveres respecto al ejemplo arriba apuntado de salvar una vida mediante la disposición de órganos del difunto sin dispensa de los disponentes secundarios. Así pues, aunque es claro que la pena legal puede ayudar a saber la jerarquía de los bienes jurídicos, es igualmente nítido que normalmente aquella penalidad depende tanto o más de ciertas condiciones de afectación al bien que la aparente jerarquía del bien abstractamente considerado. E incluso, porque a veces la misma referencia comparativa de las penas legales resulta inadecuada cuando uno de los puntos a confrontar no sea comparable, simplemente porque en él no resida la forma de daño que se habría de punir o sancionar. El caso de la disposición de órganos del cadáver sin consentimiento de los disponentes para un necesario trasplante terapéutico que evite la pérdida de una función orgánica, como por ejemplo sería la vista: difícilmente se podría plantear como la acción de profanar un cadáver, en el sentido de denostar o mostrar desprecio a la memoria del difunto, por lo que el punto de referencia para la comparación no es aquél delito, sino el previsto en el artículo el artículo 462 de la Ley General de Salud consistente en: "ilícitamente obtener, utilizar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, ...de seres humanos". Cuya lesión en el caso a estudio se haría consistir en la falta del consentimiento de los disponentes secundarios para realizar el trasplante. Sin embargo, frente a esa lesión se erige la que se daría por la lesión dolosa que origine la pérdida del órgano o de la función orgánica (del receptor del órgano del cadáver), lesión que los mismos códigos penales sancionan con penas más severas que la prevista en el citado artículo 462 de la Ley General de Salud. Además, frente al derecho de los deudos de dar o negar su consentimiento para que se disponga de los órganos del cadáver del pariente, se halla el derecho a la protección a la salud que garantiza el párrafo cuarto del artículo 4° C. De todo lo cual se sigue la innegable jerarquía superior de proteger el bien de la salud que el de protección a los derechos de personalidad del difunto representados a través de los deudos. Lo cual reafirma aún más la inaplicabilidad al caso del supuesto punible del artículo 462 de la Ley General de Salud: simplemente porque la conducta que se cuestiona no puede subsumirse en el tipo penal de dicho numeral, habida cuenta que la misma no sería ilícita en virtud del estado de necesidad justificante. Pero la medida también es posible según otros parámetros que se obtengan por analogía de los que se adoptan en los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 71 a 74 del CPC. Tanto para ponderar la intensidad, gravedad o trascendencia del peligro o de la lesión evitable como una de las pautas para individualizar la pena de prisión; como para el mismo efecto el aquilatar la proximidad del peligro o de la lesión evitable, así como las circunstancias personales de los titulares de los bienes. De aquí que las pautas restantes puedan ser:

2. La ponderación de la intensidad, gravedad o trascendencia del peligro o de la lesión. La libertad personal en abstracto sin duda es más valiosa que el patrimonio. Pero si a alguien —sin ser partícipe— se le encierra por cinco minutos junto con un millón de pesos que los ladrones están por robar, para evitar que éstos se lleven el dinero, resulta preponderante proteger al dueño del daño a su patrimonio por tal cantidad, que la fugaz privación de la libertad apenas significativa del inocente. A veces el legislador aumenta la penalidad de los daños o las lesiones culposas o varía la clasificación del delito para efectos de la libertad durante el proceso, porque el agente se va del lugar antes de que llegue la autoridad; pero si el agente deja en una nota sus datos de identidad y localización y no espera, porque de hacerlo con seguridad perderá un contrato que lo

salvará de la bancarrota o le originará una grave pérdida, estará justificado no esperar como causa que evite la agravación de la penalidad o el cambio de la clasificación del delito para los efectos de su libertad en el proceso. Más aún cuando resulta pasajera la dificultad de la autoridad para verificar los datos y asegurar la indemnización de la víctima. Misma que del otro modo ni siquiera se hubiese logrado ante la quiebra o el severo quebranto del agente. Asimismo, puede ser que los bienes en conflicto sean de igual naturaleza y, sin embargo, la intensidad lesiva sea mucho menor en un caso que en el otro. Estará justificado que se prive a alguien de unas aspirinas que va a tomar en esos momentos para evitar un dolor de cabeza simple, para dárselas a quien acaba de sufrir un infarto e impedirle lesiones más graves; pues aunque en ambos casos se trata de una afectación a la salud, el daño que se evita es mucho más grave que el que se da por la conducta justificada.

3. El grado de proximidad del peligro o lesión que se evita o puede evitar. Bien señala Zaffaroni que una lesión muy próxima e inevitable de otro modo (...) constituye un mal mayor que el riesgo lejano de un mal de igual o algo mayor entidad: el médico que habiendo observado que no viene ningún vehículo en sentido contrario corta una curva para llegar al hospital con un enfermo en estado desesperante, actúa en estado de necesidad.⁴⁹⁷ Y, por el contrario, tal pauta será inválida si acaso el mal más próximo que se evita es mucho menor que el menos cercano mucho más grave. Así Zaffaroni apunta: (...) La violación del deber de cuidado en la conservación de una fuente de energía nuclear no puede justificarse por la necesidad de evitar una herida. Lo cual conduce al autor argentino a subrayar que: *En materia de estados de necesidad que justifican tipicidades culposas, cuando mayor sea el peligro de lesión para un tercero, tanto más restringido será el permiso con que cuenta el autor.*⁴⁹⁸

4. La valoración de las circunstancias personales de los titulares. En la pauta de las circunstancias personales, no decide sólo el criterio del titular que se beneficia sobre el valor relativo de los bienes, sino, además, la necesidad personal de quien se afecta con la conducta lesiva. Ambos juegan papel destacado y la preponderancia se resolverá en favor de quien sea el más afectado según su situación personal. Así, puede ser que para salvar diez vacas de quince que se tienen, sea necesario matar la única que tiene el vecino para su subsistencia. Es obvio que la conducta no se justifica aunque bien puede disculparse por la misma jerarquía de los bienes y porque se produce un daño menos extenso que el que se evita. De lo que también se sigue que cuando en la ponderación global del caso concreto los bienes jurídicos sean iguales o equivalentes, no hay otra solución que la inculpabilidad, salvo que por el número de igual valía se justifique salvar los más (lo cual de por sí ya debió entrar en aquella ponderación global del caso concreto.)

— XII —

El ejercicio de otros derechos y la práctica de deportes violentos

Los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC prevén como causa de justificación el daño que se origine por ejercer un derecho, siempre y cuando exista necesidad racional del medio empleado —el CPDF

⁴⁹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegria y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 807.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

alude a la necesidad racional de la conducta— y —según el CPF y el CPC— ella no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro. Esteban Mestre Delgado realiza un amplio examen de dicha excluyente en España; aquél cita a Silvela, Antón Oneca, Quintano Ripollés, Bacigalupo, Muñoz Conde y García Arán quienes han estimado a la excluyente como superflua, y a Pacheco, Valdés Rubio, Mir Puig y Luzón Peña, quienes la han aquilatado relativamente redundante.⁴⁶⁶ Y es que, ciertamente, los contenidos con los que tradicionalmente se quiere hacer valer esa justificante son jurídicamente discutibles para configurarla como tal; o bien los supuestos se configuran como causas de atipicidad. En el primer aspecto piensese por ejemplo en las vías de hecho violentas para hacer valer un derecho, comportamiento que de por sí se tipifica en los artículos 226 del CPF y 288 del CPDF, e incluso cuando se le hace valer de manera arbitraria lo sanciona penalmente el artículo 259 del CPC. Lo cual se corresponde con la prohibición del artículo 17 C., de que ninguna persona pueda hacerse justicia por sí misma, ni ejercer la violencia para hacer valer su derecho. En el mismo tenor se inscriben las lesiones que se causen al menor por quienes ejerzan sobre él la patria potestad, tutela, educación o guarda, pues el ejercicio de la violencia física y moral está excluido del derecho de corrección (artículos 323 bis, 323 ter y 423 del CCF. y 526 Y 644 del CCC.) Y en lo que atañe al segundo aspecto, piensese en el ejercicio de ciertos derechos inherentes a algunas profesiones, como la médica, donde ya se vio que el consentimiento del titular del bien disponible impide de antemano la lesión jurídica. (Al respecto ver los apartados D, E y F del número VIII del Capítulo Décimo.) Para significar esta justificante normalmente también se acude a la gestión oficiosa de negocios ajenos que prevén los códigos civiles, cuando la gestión resulta desafortunada no obstante que se empleó la diligencia debida en interés del titular (artículos 1896 hasta 1909 del CCF. y 1811 hasta 1863 del CCC.) Mas si se reflexiona en los supuestos en los que se da la gestión oficiosa de negocios ajenos, aquellos difícilmente encuadrarán siquiera en algún tipo y de todas suertes la misma no se justifica cuando el gestor actúe con culpa.

Sin embargo, hay muchos otros derechos cuyo ejercicio puede aparejar la lesión de bienes jurídicos ajenos donde la solución no es tan pacífica. Y en tal virtud se debe partir de la pauta de los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC, de que sólo cuando sea racionalmente necesario es que se puede ejercer un derecho que lesione bienes jurídicos ajenos. Condición que se establece como límite para el ejercicio del derecho cuando, precisamente, lesione algún bien jurídico. De tal suerte que la lesión de algún bien ajeno en ejercicio de un derecho será legítima cuando esa lesión se muestre como racionalmente necesaria para ejercer el derecho. Pues lo que realmente importa —según la ley penal— es la necesidad racional de la conducta o del medio empleado para ejercer el derecho y —en el CPF y el CPC— que no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro (lo cuál en realidad conlleva a que la lesión se da en virtud de un ejercicio racionalmente innecesario del derecho.) En tal contexto también se pueden mencionar como conductas justificadas el ejercicio del derecho de retención con relación a deudas y cosas ajenas —sin que en el último caso ello implique robo— (artículos 2077 del CCF., 2360 y 2369 a 2388 del CCC.) El derecho de servidumbre de paso (artículos 1097 a 1112 del CCF y 1642 a 1653 del CCC), por ejemplo: si el dueño del predio dominante siembra sobre un tramo de la servidumbre ya existente y quien disfruta de ésta al no tener otra salida se ve

⁴⁶⁶ Esteban Mestre Delgado, *La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Ed. Edisofer, SL, Madrid, España, 2001, pp. 31 a 36.

precisado a pasar causando los daños indispensables a aquél efecto. La demanda judicial de divorcio donde el cónyuge revele situaciones íntimas del otro y que sin embargo sean necesarias como motivo de la causal de disolución del vínculo matrimonial (artículo 381 del CPC). El derecho de huelga con relación a la posesión y cierre de ciertas áreas del lugar de trabajo, que excluye incluso el delito de coalición de servidores públicos cuando se trate de empresas del estado (artículo 216 del CPF.) La disposición de la cosa de la cual se es propietario frente a quien se apodere de ella, siempre y cuando con aquella no se afecten los derechos de un tenedor o poseedor legítimo de la misma (artículo 368-I del CPF.), etc.

Por otra parte, se plantean problemas serios en el ejercicio de los derechos a la libre expresión de la ideas y de ser informados, frente a la apología de un delito o de vicios (artículo 209 del CPF), entre otros, ya no sólo cuando aquellos derechos se ejercen por medio de la prensa, la radio, la televisión y el Internet, sino en cines, actos públicos, conferencias, cátedras, etc.; o bien cuando se publiquen libros, escritos o imágenes obscenas (artículo 200-II del CPF). Porque en términos generales prevalecen los derechos a la libre manifestación de la ideas y a escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, que como garantías se consagran en los artículos 6° y 7° de la C, a menos que —según los preceptos constitucionales— en la expresión de las ideas "*se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público*", y en la publicación de escritos "*no se respete la vida privada, la moral o la paz pública*". En ese contexto constitucional, no sería admisible punir como apología de un delito el elogio al aborto, a la tenencia de estupefacientes para consumo personal o a una persona condenada por delito, fundando la punición en que alguien adoptó los puntos de vista del apologista, ya que de acuerdo con la C. es menester que la apología como expresión libre de las ideas "*provoque algún delito o perturbe el orden público*" y, por ende, es preciso que otra persona incurra en un delito ya sea por el encomio del mismo o bien que el desorden público que se dé en virtud de aquél panegírico. A menos que se quiera trastocar la expresión constitucional de que la libre expresión de las ideas "*provoque un delito*", para asumirla como mera "incitación" a un delito o "sugestión" a un delito o al desorden público, con lo cual, además de desnaturalizar el texto constitucional, se haría casi nugatorio el derecho de expresar las ideas que la C. reconoce. De aquí que en aquellos y estos casos Zaffaroni rechace la punición con base en el argumento de lege ferenda de que: (...) el tipo de apología del delito, entendido literalmente,...sería incompatible con la Constitución, ningún estado democrático puede decidir que todo lo que él considera delito es tal y que también es delito la crítica que se le haga por su elección. Para más adelante acotar que: (...) lo único admisible conforme a la Constitución sería la criminalización de la apología de las conductas gravemente lesivas [que se tipifican *urbi et orbe*, como el homicidio, el genocidio o la violación], pero no la crítica a tipificaciones inconstitucionales de conductas referentes a la moral privada o la propia crítica apologética respecto de categorías [de delitos] relativas [o coyunturales] y siempre discutibles.⁸⁰⁰ No es pues ocioso destacar que tan el CPDF como el CPC ya no tipifican la apología de un delito. Y que tal como a la misma se le prevé en el artículo 209 del CPF es cuestionable su constitucionalidad, simplemente porque sanciona el derecho constitucional de la libre expresión de las ideas con independencia de que ellas provoquen el delito cuyo panegírico se hace, ni den pie a la perturbación del orden público. A menos que —también en un

⁸⁰⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 613.

forzamiento inadmisibles— se quisiera asimilar “perturbar el orden público” a que “en público se haga la expresión favorable de un delito” —que es lo que actualmente sanciona dicho tipo penal— y lo cual realmente es muy diferente a “perturbar el orden público” tal como lo prevé la C. De aquí entonces que la manifestación de las ideas no debiese ser punible sino que podría serlo sólo y cuando ella conlleve directamente a una perturbación material del orden por uno o más grupos de personas o porque se convierta en sí en la determinación de un delito que resulte cometido y la que —como forma típica de intervención— ya la prevén las leyes penales como siempre accesoria a la realización de un delito determinado, muy distinta a la apología de un delito que deviene inconstitucional tal como hoy se le prevé en el artículo 209 del CPF.

Lo mismo debe decirse de la reproducción y publicación de libros, escritos, imágenes y objetos obscenos que tipifica y sanciona penalmente el artículo 201-I del CPF, pues además de que la expresión “obsceno” es huidiza y totalmente “abierto”, a lo que se suma que no hay definición legal del término y por tanto falta una base para su identificación objetiva, ello se agrava más dada la gran pluralidad de concepciones que al respecto median en el ámbito cultural; y es también indudable que no debe ser punible la mera reproducción y la tarea editorial de publicar libros, escritos, imágenes y objetos “obscenos”, ni siquiera cuando las imágenes u objetos “obscenos” se exhiban al público, a menos que las imágenes u objetos —y no así los libros y escritos— se exhiban al público en lugares abiertos o bien en sitios cerrados, siempre y cuando en éstos últimos no haya control de acceso a menores y estos vean esos objetos o imágenes, o respecto de los adultos no se les dé previo aviso del material expuesto, o bien se venda o distribuya ese material a menores o no se advierta de su contenido al adulto que lo adquiera o lo vaya a ver tratándose del cine, televisión e Internet o la renta de videos. Y ello es como se indica, porque no le corresponde al Estado erigirse en el árbitro de la moral a través de la represión penal. En efecto, el Derecho Penal debe tener un sustento ético (apoyarse en valores); pero de ningún modo debe admitir que se ejerza el poder punitivo sólo por ese motivo. Pues mientras el acto que se considere inmoral no dañe ni ponga en peligro a nadie ni, por lo tanto lesione bien jurídico alguno; esto es, en cuanto la mera publicación de un libro, escrito o imagen supuestamente obscena no afecte el ámbito de libertad ni de seguridad de nadie, ni escandalice directamente a los sentimientos de algún espectador porque la exhibición del objeto o la imagen no se haga a la vista de un grupo indeterminado de personas que pueden no haber consentido en la pública exhibición; o bien, tratándose de libros o revistas, cine, televisión e Internet o renta de videos, no se avise de su contenido a los adultos o se facilite a los menores, el castigo entonces ya no tiene fin alguno de protección a los bienes jurídicos de todos. Sino por el contrario, sancionar lo anterior coarta la libertad de auto-determinación de las personas. Por ello, impedir lo meramente inmoral debe estar fuera del alcance del poder punitivo, porque el enjuiciamiento jurídico penal no depende en absoluto de la cuestión de si una conducta es más o menos reprochable moralmente. El Estado tiene que salvaguardar el orden externo de lesiones a bienes jurídicos de otros cuando aquellas sean consecuencia de una conducta dolosa o culposa. Pero aquél no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar penalmente la moral de los individuos con independencia de su derecho de autodeterminarse libremente cuando ya son capaces. En el respeto de la moral intrínseca de cada quién estriba la obligación del Estado de protegerla, absteniéndose de establecer cánones sobre los que ningún derecho le asiste. Bajo riesgo —en caso contrario— de tender al autoritarismo y dificultar la aspiración a un estado de derecho con sustento democrático. (Derechos de libertad, de igualdad,

de dignidad, de libertad de expresión, de libertad de publicación de escritos, entre otros.) (Artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° C.)

Por lo demás, el ejercicio legítimo de un derecho se puede concretar en actividades fomentadas por el estado como las actividades educativas, sanitarias, médicas, de investigación científica, productivas, etc., de las que algunas se reglamentan por el Estado debido a los riesgos cuya realización implica para los bienes jurídicos. Muchas de ellas, como la práctica médica y las intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, suponen la intromisión directa en bienes jurídicos de las personas, pero cuyo ejercicio se justifica bien sea porque desde el tipo falta la lesión jurídica al haber consentimiento válido del titular para la disposición del bien y porque, además, en la mayoría de las veces el objeto de aquella es de carácter terapéutico o de investigación científica válida, lejos de un mero daño a la salud. Mientras que en otras, como la práctica de deportes, donde además de suponer el ejercicio de un derecho —como también lo son las ya mencionadas— la actividad deportiva puede causar lesiones e incluso la muerte sin que respecto de las lesiones necesariamente se suponga el consentimiento del sujeto pasivo o cuando sólo lo suponen respecto de lesiones levísimas en ciertas condiciones reglamentadas, como sucede con el boxeo. En tal contexto se discute si las lesiones más severas pero inferidas dentro de aquellas condiciones son motivo de atipicidad o bien causas de justificación y, asimismo, si la exclusión de delito se debe a que se trata de actividades fomentadas y reguladas por el mismo Estado o al ejercicio de derechos. De cualquier modo, cabe considerar que estas causas de permisión o licitud son una especie combinada de consentimiento, ejercicio de un derecho y autorización estatal. En cuanto a la práctica de un deporte, el artículo 44-VI del CPC previene que:

(...) Existe causa que permite la lesión: Cuando el daño se produce al practicar un deporte que el Estado consienta, observándose las reglas de aquél.

El ejercicio del deporte puede estar específicamente reglamentado (artículo 73-XXIX-J C.), o simplemente autorizado.⁹⁰¹ De lo que se sigue que puede haber tácita autorización del deporte si es que el Estado permite su práctica, por ejemplo, cuando cobra impuestos por los boletos que se venden o facilita espacios o medios para practicarlos. En los casos de un deporte autorizado y no reglamentado, la misma costumbre de su práctica es la que origina reglas para los participantes, a las que se deben ajustar todos los que lo practiquen. La existencia de dicha causa de permisión cuando se causen lesiones o daños, puede encontrar su fundamento pues, tan en el consentimiento de quienes lleven a cabo el deporte y en su derecho a practicarlos, como en la propia autorización estatal, directa o indirecta. Y el límite para ejercer dichos derechos es el ajuste a la reglamentación escrita o consuetudinaria en la práctica de los mismos. Sin embargo, es obvio por igual que por lo general la práctica de los deportes se reglamenta precisamente para que se eviten lesiones a los participantes, precisamente porque su práctica lleva implícita la posibilidad de esas lesiones, de tal suerte que bien puede suceder que aún sin violar la reglamentación se originen daños, lesiones o la misma muerte, casos en los que opera la causal en su plenitud. Más si en la práctica del deporte se violan sus reglas y en virtud de ello se da pie a una lesión, la conducta será típica y antijurídica. Sin embargo, la violación del reglamento no

⁹⁰¹ El ejercicio de deportes es un derecho y la regulación de su práctica obedece, principalmente, a aquellos que puedan lesionar bienes jurídicos; con independencia de las normas para su fomento.

se debe confundir con la lesión en sí como si fuere dolosa. Puede haber una violación reglamentaria intencional con un resultado culposo en la lesión. (Lo mismo que sucede si alguien se pasa un alto concientemente sin aceptar causar algún daño que, sin embargo, produce.) Aunque ciertamente la violación al reglamento deportivo importa al menos una conducta contraria al deber de cuidado, en tanto que aquél es el límite del riesgo asumido mediante el consentimiento. La únicas excepciones a la naturaleza dolosa o culposa que pueden asumir las lesiones al atender las normas del deporte son quizá el boxeo y el fútbol americano, en cuanto ambos deportes asumen de por sí inferir lesiones dolosas levísimas como objeto o parte esencial de los mismos y, en el primero, precisamente con el fin de dejar en inferioridad física al contendiente al menos por diez segundos. Sin embargo, el que se trasgredan las reglas del boxeo o del fútbol americano y se causen lesiones más graves e incluso la muerte, no significa necesariamente que aquellas se deban calificar como dolosas, porque bien puede suceder que de todas suertes el agente haya querido un daño menor al que resultó, configurándose así el error de tipo que normalmente —pero no de manera necesaria— será vencible y, por tanto, fundamentable en la culpa.

— XIII —

El consentimiento presunto

Ya se puntualizó que el consentimiento "presunto" es distinto al "tácito". (Ver al respecto el número VIII-E del Capítulo Décimo.) La discrepancia obedece a que en el consentimiento "tácito" —a diferencia del presunto— sí hay manifestaciones del titular o legitimado en el sentido que da el consentimiento, o cierta conducta de uno u otro con relación al bien jurídico y a quien realiza la ingerencia que permiten asumir el consentimiento para la disposición del bien evitando así la lesión jurídica del mismo. En tanto que en el consentimiento "presunto" faltan dichas manifestaciones del titular y son las mismas condiciones que motivan la conducta de ingerencia sobre el bien jurídico que se afecta, las que permiten justificarla porque ellas, aunque ajenas a cualquier manifestación de voluntad del titular o del legitimado, permiten presumir que de haberlos consultado habrían dado su consentimiento. *Así en el consentimiento tácito no se sustituye la voluntad del titular del bien sino que dicho consentimiento se infiere de su propio comportamiento con relación al bien y al mismo disponente, por ende, es real la voluntad de consentir por parte del titular o de quien esté legitimado para ello excluyendo así el tipo por falta de lesión jurídica; mientras que en el consentimiento presunto falta esa voluntad real —expresa o tácita— y aquél sólo pretende sustituir la falta de esa voluntad real porque las circunstancias permiten asumir que de haber estado presentes —o tener la posibilidad— el titular o el legitimado habrían dado su consentimiento para la ingerencia.* Por ende, en el consentimiento presunto hay lesión, pero al ser la conducta del disponente conforme a Derecho, la misma no es por tanto antijurídica. Ello queda ahora más claro con la previsión del último párrafo del artículo 29-III del CPDF que dispone (de manera imperativa) la exclusión del delito por consentimiento y, además, que: *"Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan presumir fundadamente que, de haberse consultado al titular o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubieran otorgado el consentimiento"*. En el anterior orden de ideas, no cabe menos concluir que no se puede negar que hay lesión cuando se afecta el bien jurídico de otro que es disponible y falta el consentimiento expreso o tácito de su titular o del legitimado para darlo; como por igual no

se puede negar que la eximente de delito por consentimiento presunto —que no tácito— se erige como causa de justificación en tanto la conducta haya sido conforme a la norma. Así pues, son causas de atipicidad por falta de lesión: el consentimiento expreso y el tácito de los titulares o de los legitimados para que se afecte un bien del que pueden disponer. Mientras que el consentimiento presunto es causa de justificación por conformidad de la conducta con la norma, donde falta el consentimiento pero el mismo se presume dadas las circunstancias que motivan la ingerencia. Su asiento en el CPC como causa de inculpabilidad es discutible: podrá operar como tal en ciertos casos con una interpretación adecuada, como cuando existe error en quien realiza la ingerencia con base en un consentimiento realmente inexistente, o bien aquél erró respecto de las circunstancias que permitan presumir el consentimiento. Por lo demás, contra lo dicho sería una argumentación falsa aducir que la ley no distingue en realidad entre consentimiento presunto y tácito, porque precisamente la ley sí hace esa diferencia. Así, el artículo 15-III-c) del CPF habla primero del consentimiento expreso o tácito y sólo después, como un supuesto distinto regula el consentimiento presunto. Sin que contra ello valga sostener que como el artículo 15 del CPF incluye esas eximentes en la misma fracción, párrafo e inciso; por ello tuvieren que tratarse igual el consentimiento tácito y el presunto, bien sea como causas de atipicidad o bien como causas de justificación, porque es claro que esa postura se desentiende de la realidad diferente que se prevé en ambos supuestos, aún cuando las consecuencias jurídicas que aparejan una y otra postura no sean distintas fuera del ámbito penal. Por otra parte, el artículo 29-III-párrafo-último del CPDF prevé al consentimiento presunto en párrafo aparte del que regula al consentimiento expreso y al tácito. Respecto al artículo 51-III del CPC que prevé dicha causa como supuesto de conducta inculpable, es válida su interpretación restrictiva como un supuesto de error de prohibición específico, pues con relación a los eventos reales de consentimiento presunto, dado que en la conducta de ingerencia falta la ofensa al Derecho, basta con aplicar en sentido contrario el artículo 43 del mismo CPC que da los elementos de la conducta antijurídica, esto es, porque en virtud de ese consentimiento presunto se excluye la conducta como antinormativa. Y es que difícilmente se puede admitir que falta la lesión jurídica cuando se daña a un bien sin consentimiento de su titular, por la simple razón de que en los eventos de consentimiento presunto no es el titular del bien quien ejerce su libertad para la disposición del bien, como también falta por igual el consentimiento del legitimado para darlo en los casos en que así proceda. Pero aunque haya lesión, ésta no empece para que la conducta de ingerencia se justifique si la misma se ajusta a las condiciones antes dichas. Porque precisamente respecto de ese supuesto se dan condiciones análogas que las del ejercicio de un derecho, del cumplimiento de un deber —que en caso de suponerlo el tipo será causa de atipicidad— o más aún, del estado de necesidad. Como es el caso de la gestión oficiosa de negocios prevista por los códigos civiles (por ejemplo en los artículos 1896 a 1904 del CCF.) y que devenga desafortunada aunque el sujeto haya realizado la ingerencia ajustándose a los cauces que señala la ley; y, por ende, en circunstancias tales que permitan asumir que de haberse consultado al titular éste hubiese otorgado su consentimiento. O cuando el bombero irrumpa en una morada ajena para apagar un fuego sin que se encuentre el titular; o bien cuando el médico interviene de urgencia al accidentado inconsciente para evitar su posible agravación.

Aún así el consentimiento presunto se diferencia del estado de necesidad justificante por que en el primero la justificación no depende de una ponderación objetiva de los bienes o intereses en conflicto, sino que aquella

causa justificante parte de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico. Se trata —dice Roxin— (...) de un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiere consentido en la acción.⁹⁰² Así, aunque tal ponderación se debe hacer con base en lo que normalmente podría consentir una persona, en ciertos casos será necesario, además, tomar en cuenta lo que la persona concreta legitimada para disponer del bien que se afecta hubiese admitido como ingerencia en la esfera del bien jurídico, es decir, si acaso el disponente ya tenía noticia de cuál era el interés de la misma para la ingerencia en particular. Así, podrá ser objetivamente válida la ingerencia por presumir el consentimiento del titular, cuando alguien se adentre a su morada con el fin de cerrar la llave del agua que empieza a desbordarse de su recipiente y amenaza con causar ciertos daños; más la ingerencia será ilícita cuando quien la realiza sabe del interés especial del titular de que precisamente quien se erige como disponente no debe por ningún motivo entrar al domicilio del titular del bien. Lo que también conlleva a que si se sabe del interés del titular de admitir una ingerencia que en la perspectiva impersonal no se antoja razonable, aunque él no haya manifestado ese interés de algún modo al ingerente, su intromisión ha de justificarse porque no habría ya razón para estimar injusta la conducta de quien precisamente actúa al amparo del presunto consentimiento del titular, sólo porque en la apreciación impersonal dicha acción no sirva al interés objetivo. Por lo demás, la ingerencia por consentimiento presunto nada más se justificará cuando no pueda ser habido el titular para obtener su consentimiento real. De tal guisa que será injusta la acción del médico que al intervenir quirúrgicamente a la persona inconsciente y al advertir otro problema de salud distinto al que motiva la operación, actúe por propia decisión operando aquella anomalía, si acaso puede esperar para informar del mismo a la persona y obtener su consentimiento real. Al igual que faltará la justificante cuando una conversación privada se grabe y luego se divulgue sin avisar al interlocutor (artículos 211-bis del CPF, 212-II del CPDF y 381-III del CPC), ya que en todo momento se puede preguntar a la persona si está de acuerdo con ese proceder. Sin que sea ocioso destacar que la mera relación de amistad o amorosa es insuficiente para inferir el consentimiento presunto cuando el amigo o compañero que viva con el titular disponga en beneficio propio de los bienes del otro que está ausente, si éste en la situación particular no ha dado signos que harían suponer su consentimiento de haber estado presente. Como el ejemplo que da Roxin: (...) el amigo o la novia no pueden invocar el consentimiento presunto para salir de apuros financieros cogiendo dinero de la persona ausente. Para ello tendrán que añadirse otras circunstancias especiales, como podría ser el caso de una mujer que viva con su amigo y le lleve el presupuesto de la casa, debido a un gasto necesario pero imprevisto, no tenga suficiente con el dinero que le ha dejado el amigo antes de salir de viaje.⁹⁰³

Por otra parte, cuando se recibe a la persona inconsciente con motivo de un accidente o desfallecimiento de la misma —o incluso cuando se interviene al paciente inconsciente con su previo consentimiento y en esas condiciones de inconsciencia del pasivo se dé el hallazgo inesperado de otro mal— si hay datos de que con la demora necesariamente se dará un mal mayor incorregible en el paciente o se le colocará en mayor peligro de que lo padezca, se justifique que en el primer caso el médico actúe en cumplimiento de su deber, ya que de no

⁹⁰² Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 776.

⁹⁰³ *Idem.*, op. cit., p. 777.

hacerlo se le podría imputar en comisión por omisión el daño irreparable que resulte y que pudo ser evitado; o bien, en el segundo caso, que se dé un estado de necesidad justificante. Ello es incluso válido cuando falten los puntos de apoyo suficientes para confirmar la realidad del pronóstico —y no haya el consentimiento del paciente ni tampoco existan datos que permitan inferir cuál sería su postura sobre el particular—, aún cuando después resulte que tal peligro era inexistente, dado que para justificar la conducta es bastante la valoración ex-ante de las circunstancias fácticas que motiven la acción, en cuanto aquellas sean de por sí razonablemente bastantes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Misma que tratándose de la vida ya no depende siquiera del consentimiento real o presunto del titular, porque en nuestro Derecho el bien de la vida humana es indisponible a favor de otro. De aquí que devenga incorrecta la consideración que a veces se hace de que en esos casos el médico debe consultar con los familiares, porque en aquellos eventos la ingerencia se justifica por sí incluso cuando los mismos se resistan (por ejemplo, porque ellos y/o el paciente pertenecen a una religión que se opone a esas intervenciones); y ni siquiera cuando el mismo paciente así se lo hubiese manifestado al médico en alguna ocasión (cualquiera que hubiese sido su motivación.)

Por último, se dará un error de prohibición cuando haya una falsa representación del hecho que induzca a suponer el consentimiento en eventos donde ni siquiera objetivamente sea admisible considerar que lo darían el titular o en su caso el legitimado para ello. Error de prohibición que de ordinario será vencible, dado que para justificar la conducta es bastante la valoración ex-ante de las circunstancias fácticas que motiven la acción, en cuanto ellas sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Sin embargo, ello no excluye un diverso error invencible de tipo si en las condiciones en que actúa el ingerente hacen suponer que el titular dio su consentimiento y aquellas le impidan saber de la irrealidad del consentimiento, como sería el caso de cuando siendo innecesaria una intervención quirúrgica menor, como sería la circuncisión, con un fin avieso un pariente le presentase al médico un escrito donde simuló la firma y el consentimiento del titular como dado por él antes de que cayera en inconsciencia, pues el médico está obligado a la diligencia debida con relación a respetar la autonomía y los derechos de personalidad del paciente si acaso su intervención no es urgente, pero no está obligado a verificar la autenticidad de la firma del paciente que supuestamente consintió, cuando quien presenta el documento es un familiar del que cabía esperar confianza, cariño y/o respeto para con el afectado. En tal evento no se podría sostener el criterio ex-ante para justificar un consentimiento presunto y, además, el consentimiento era realmente inexistente para excluir al tipo por ese motivo, más sí lo excluye por falta de dolo respecto al daño del bien disponible cuando se actúa bajo el error invencible inducido de que tal consentimiento existe. Evento en el que de todas suertes el pariente que indujo al error habrá actuado como autor mediato realizando el injusto culpablemente al emplear como instrumento o dominar de aquel modo la voluntad del sujeto de adelante.

— XIV —

El exceso en la conducta justificante

El exceso no elimina la antijuridicidad del hecho mas es evidente que sí la atenúa y en ciertos casos límite cabe considerar la exculpación como después se verá. Además, los artículos 16 del CPF y 47 del CPC amplían los supuestos del exceso a todos los casos de permisión y no sólo a la legítima defensa. Así:

Como causas que disminuyen la intensidad de la antijuridicidad del hecho se comprenden no sólo el exceso en la conducta defensiva, sino también el exceso en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho, en la práctica de deportes y en la obediencia jerárquica justificante.

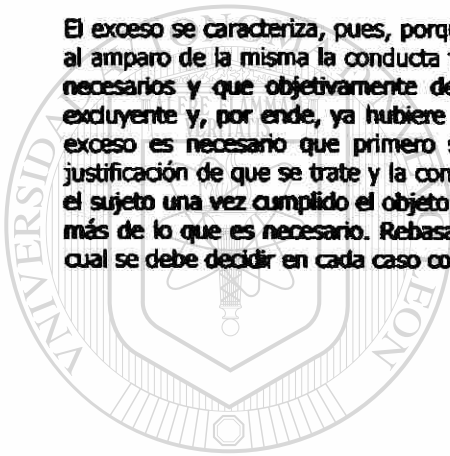
Mientras que el artículo 29 in fine del CPDF considera el exceso en aquellas eximentes pero no incluye al cumplimiento del deber. Asimismo, el CPF y el CPDF omiten señalar cuándo hay exceso, mientras que el artículo 47 del CPC preceptúa que existe exceso: (...) *cuando el autor hace más de lo racionalmente necesario*. La fórmula del artículo 47 del CPC es más apropiada que la difundida idea de la desproporción entre el daño y el medio para sustentar el exceso. Pues éste último criterio origina múltiples confusiones prácticas y jurídicas e igualmente es contradictorio con la regulación de la legítima defensa –en correlación con la previsión de la calificativa de ventaja– en los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF: Porque la ventaja no se tomará en consideración si el que la tiene obra en legítima defensa en los casos de superioridad física al ofendido, o por las armas que emplee o la mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de defensores, ni cuando se valga de un medio que debilite la agresión. Lo cual también es aplicable en cuanto al CPDF con relación al delito de violencia intrafamiliar, porque su tipo penal involucra conductas lesivas a la salud personal de los integrantes de la familia. Mientras que la prescripción del artículo 47 del CPC atiende mejor al común denominador de ir más allá de lo “racionalmente necesario” cuyo límite se emplea o implica en todas las excluyentes. Asimismo, todo exceso supone que se den los presupuestos que den pie a la conducta que motivaría la excluyente de que se trate, de tal modo que haya motivo que legitimaría la conducta de quien luego se excede. Pues en la medida en que falte el motivo que dé pie a la excluyente o cuando desde un primer momento la acción sea innecesaria o irracional, ya no se está ante un exceso, sino ante una conducta injusta no atenuada, debido a la falta misma de los presupuestos que pueden dar pie a la excluyente y luego al exceso de la conducta, misma que originalmente tuvo arranque lícito, el cual a la vez se vuelve el motivo para la atenuación.

En tal orden de ideas, el exceso apareja que el sujeto va más allá de lo necesario con su propia conducta que sí tuvo un arranque lícito, lo cual se da cuando con una conducta de esta naturaleza ya había logrado evitar la lesión o se había cumplido el objeto de la excluyente que corresponda y, sin embargo, quien ejerció la conducta lesiva la prolonga en un marco en el que tal lesividad ya es innecesaria o racionalmente innecesaria, precisamente por haberse cumplido el objeto de la eximente.

También cabe aclarar que carece de sentido hablar de exceso si quien se excede no actuase típica y antijurídicamente. Porque el exceso con base justificante es sólo una modalidad atenuante que se conecta con el tipo penal del delito que se comete bajo esa modalidad. De este modo, si alguien con exceso daña un bien jurídico de manera típica, se integra el tipo penal del delito que corresponda. El sujeto lo hace con dolo y su acción típica es antijurídica y puede ser culpable. Más lo que da pie la atenuación penal es la menor intensidad del injusto de la conducta típica en atención a la base justificante con la que ella se inició. Es decir, en virtud de que el motivo de la acción típica fue una causa en la cual la ley permitía la lesión de los bienes jurídicos a quién actuó con exceso en relación a ellos. De aquí entonces que resulta un contrasentido que se sostenga

que por haberse actuado con dolo al privar de la vida a otro, sea una circunstancia que excluya la posibilidad de que se configure el exceso en la conducta defensiva. Y que por tal motivo se configura el delito de homicidio simple doloso. Pues se pasa por alto que el homicidio con exceso en la conducta defensiva es un delito de homicidio doloso atenuado. Por ello, para ser un delito, es necesario que se haya actuado típica, antijurídica y culpablemente. Por ende, si el dolo excluyese la configuración del exceso en la conducta defensiva, se incurriría en el absurdo de que los delitos en que exista exceso en la conducta defensiva sólo podrían ser culposos. Cuando la razón de la atenuación no es porque la conducta sea culposa. Sino en virtud de la modalidad concurrente que consiste en la base justificante de la cual partió el sujeto. El inicio de la causa de permisión incompleta disminuye la intensidad de la antijuridicidad de la conducta, pero deja intocado al dolo con el que el sujeto actúa típicamente. Finalmente, el exceso caracterizado por hacer más de lo racionalmente necesario no es un caso especial de error, aunque también es posible que el mismo exista y —conforme a la postura aquí sostenida— si aquél es vencible debe analizarse a la luz del error de prohibición.

El exceso se caracteriza, pues, porque concurre alguno de los presupuestos que motivan una causa de permisión y al amparo de la misma la conducta tiene un arranque lícito, pero en la cual el agente utiliza medios más allá de los necesarios y que objetivamente devienen irracionales. Bien sea porque ya se había cumplido el objeto de la excluyente y, por ende, ya hubiere cesado el motivo que dio pie a la justificación. De este modo, para que haya exceso es necesario que primero se cumplan en el caso concreto los presupuestos positivos de la causal de justificación de que se trate y la conducta de quien se excede haya tenido un arranque lícito. Lo que sucede es que el sujeto una vez cumplido el objeto de la excluyente o habiendo cesado los motivos que dieron pie a su actuar, hace más de lo que es necesario. Rebaso los límites que la excluyente impone para seguir justificando su conducta. Lo cual se debe decidir en cada caso concreto y según las condiciones que conforman a cada causal de permisión.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

